FACOLTA' DI DIRITTO
DELL'UNIVERSITA' DI FRIBORGO (SVIZZERA)

LE PRESUNZIONI COME MEZZO DI PROVA SECONDO LA PRATICA DELLA S. R. ROTA

TESI DI LAUREA
presentata alla Facoltà di Diritto dell'Università di Friborgo (Svizzera)
dal lic. jur.

JOHANNES CLEMENTE

per conseguire il titolo di dottore in diritto

1953

ARTI GRAFICHE CARMINATI LOCARNO / 1955

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41538116_0050

FACOLTA' DI DIRITTO
DELL'UNIVERSITA' DI FRIBORGO (SVIZZERA)

LE PRESUNZIONI COME MEZZO DI PROVA SECONDO LA PRATICA DELLA S. R. ROTA

TESI DI LAUREA
presentata alla Facoltà di Diritto dell'Università di Friborgo (Svizzera)
dal lic. jur.

JOHANNES CLEMENTE

per conseguire il titolo di dottore in diritto

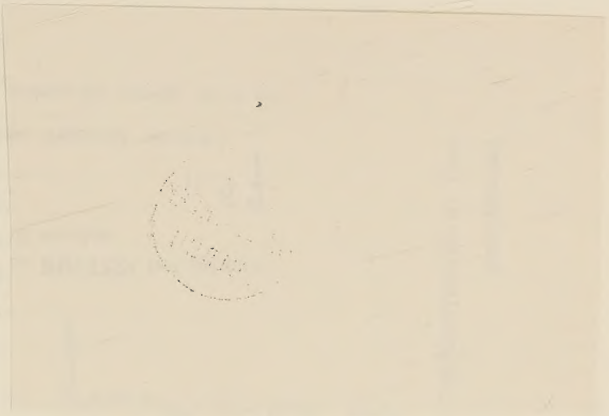
Accettata dalla Facoltà di Diritto il 15 ottobre 1953
su proposta del Prof. Trezzini (primo relatore)
e del Prof. Isele (secondo relatore).

ARTI GRAFICHE CARMINATI LOCARNO / 1955

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

La Facoltà non approva nè disapprova le opinioni contenute in una tesi: esse devono essere considerate come proprie dell'autore. (Decisione della Facoltà del 1.o luglio 1916)

Alla memoria di mia Madre
† *1953*



BIBLIOGRAFIA E FONTI

Bertola — Il matrimonio religioso. Torino 1946.

Boggiani Pico — Il matrimonio nel diritto canonico. Torino 1936.

Cicognani — Commentarium ad Librum primum cod. iur. ca. Roma 1939.

Codex Iuris Canonici.

Coronata — Compendium iuris canonici. Torino 1939.

De Smet — De sponsalibus et Matrimonio. Brugis 1920.

Dossetti — La violenza nel matrimonio in diritto canonico, Milano 1943.

Esmein — Le mariage en droit canonique, 2.a ed. 1929-1935. Paris.

Ferrini — Le presunzioni nel diritto romano. In riv. It. per le scienze giuridiche V. 14.

Ferraboschi — Il matrimonio sotto condizione. Padova 1937.

Gasparri — Tractatus canonicus de Matrimonio. Editio Nova Roma 1939.

Giacchi — Il consenso nel matrimonio canonico. Milano 1950.

Del Giudice — Nozioni di diritto canonico. Milano 1949.

Huschke — Iurisprudentiae anteiustinianeae, Lipsiae 1867.

Instructio «Provida» 15 agosto 1936 in Acta A. Sed. 1936t. 313 (Abb. Instr. Prov.).

Lega Bartoccetti — Commentarius in iudicia ecclesiastica. Roma 1938 seg.

Mercanti Francesco — Compendio di diritto canonico. Parma. Ed. Fiaccadori 1852.

Menochius — De praesumptionibus ecc. Venezia 1609.

Naz. Traité de Droit canonique. Paris 1946.

Noval — Commentarium Codicis iuris canonici. Roma 1920.

Prummer — Manuale iuris canonici. Friburgi Bris. 1928.

Ricciotti. Il Cattolicesimo. Firenze 1939.

Reiffenstuel — Ius canonicum universum. Antverpiae 1755.

Roberti — De processibus.

Sanchez — Disputationes sancto matr. sacramento. Cordoba 1607.
S. R. Rotae Decisiones seu Sententiae. Roma 1912 seg.

P. Mauri de Schenkl — Institutiones Iuris Ecclesiastici. Landishuti 1823.

Soglia — Institutiones canonicae. Torino 1875.

Wernz-Widal — Ius canonicum. To. V Ius matrimoniale. Tom. VI De Processibus. Roma 1937.

Zallinger — Institutiones iuris ecclesiastici pubblici et privati. Augustae Vindel 1792.

Zech — De iure rerum ecclesiasticarum. Lipsia 1758.

INTRODUZIONE

LE PRESUNZIONI NEL DIRITTO ROMANO, CLASSICO E GIUSTINIANEO

La costituzione di Giustiniano e la sua influenza sulla formazione del diritto canonico.

Il significato nuovo della voce «praesumere» nel diritto giustinianeo.

La voce «praesumere» nel diritto pregiustinianeo: breve esposizione e critica delle fonti.

L'evoluzione del diritto giustinianeo nel campo delle presunzioni.

Le interpolazioni.

Data la particolare connessione e dipendenza del diritto canonico dal diritto romano giustinianeo, dipendenza che, oltre ad emergere in modo necessario dall'evidenza stessa dei fatti trova una chiara riconferma nell'esplicito riconoscimento di Lucio III (1181-1185) per il quale il diritto romano è una fonte sussidiaria del diritto canonico [1] (Decr. L. V 32 - I), non ci pare conveniente iniziare lo studio di un qualsiasi ramo del moderno diritto canonico senza vagliarne, sia pure in modo rapido e necessariamente superficiale, le antiche origini giustinianee.

Questa introduzione, che riteniamo necessaria per dare allo studio di ogni pagina del diritto contemporaneo, canonico o no, una base ed un punto di partenza sicuro, ci pare quanto mai utile e feconda di risultati nella fattispecie, quando cioè si voglia aprire il capitolo delle «presunzioni».

Le presunzioni ebbero infatti nel diritto giustinianeo e per la prima

[1] Vedi Soglia. Inst. can. Torino 1875, p. 110 § 55. De Jure civili.

volta nella storia del diritto la loro nascita ed il loro impiego secondo il senso ed il significato che oggi è comunemente attribuito a questi particolari mezzi di prova, senso e significato che formerà il centro della nostra rapida indagine.

Questa affermazione, l'essere cioè le presunzioni così concepite *un frutto nuovo della mente giuridica giustinianea* appare, ad un primo e superficiale esame dell'opera di Giustiniano, come erronea ed ingiustificata.

Infatti nei Digesti sono bene spesso riportati brani di antichi autori classici nei quali troviamo adoperato il concetto di «presunzione» appunto ed esattamente con quel nuovo significato che più sopra abbiamo escluso esistere nel diritto romano classico.

Ma un più attento esame ed una coscienziosa discriminazione dei testi ci condurrà ad un risultato del tutto inatteso, e saranno proprio questi testi, divisi in due grandi categorie a seconda dei due significati dati alla voce «praesumere» che ci convinceranno:

primo, della mancanza del concetto di «presunzione» come tale nel diritto romano classico;

secondo, della originalità del concetto di «praesumptio» nel diritto giustinianeo, originalità che si identifica nelle numerose interpolazioni.

Anticipando le conclusioni di questa breve introduzione diremo che nella lunga schiera di citazioni di testi classici nei quali la voce «praesumtio» viene usata, essa è presa in due significati ben diversi:

un primo significato, quello semplicissimo di «credere, opinare, supporre», e un altro significato, di ben maggiore portata, che è quello di «*credere senza bisogno di prove*», senso che sta alla base del concetto contemporaneo di presunzione: e ciò che è singolare, e che conforta la tesi in favore alla innovazione giustinianea, è il fatto che, mentre i testi della prima categoria appaiono genuini e non sospetti, gli altri si mostrano più o meno chiaramente interpolati; e oggetto di tale interpolazione è appunto il concetto di «praesumptio», *questa volta e originariamente usato nel senso tecnico giustinianeo.*

E vediamo in rapida rassegna i testi che diremo della prima categoria, quelli cioè nei quali la voce «praesumere» è usata con significato vario, ma che può riassumersi col senso generalissimo di «supporre» e che, ad ogni modo nulla ha in comune con il secondo preciso senso di «credere senza bisogno di prove» (1).

---

(1) V. Ferrini. Le presunzioni in diritto romano, in Riv. It. per le scienze giuridiche. Vol. 14.

D. 12 III 7 — *Vulgo praesumitur* alium in litem non debere iurare, quam dominum litis.

Vulgo praesumitur vale: «si crede generalmente, è opinione generale».

D. 12 VI 3 Pap. — vel etiam ab hostibus reverso filio, quem pater obiisse *falso praesumserat*. =

il padre «aveva creduto» a torto che fosse morto.

D. 21 I 31 21 — interest nostra scire nationem, *praesumptum etenim est* quosdam servos bonos esse, quia natione sunt non infamata, quosdam malos videri, quia ea natione sunt quae magis infamis est.

Il senso di «praesumptum est» è del tutto simile a quello del brano sopra citato e vale: è comune opinione.

D. 29 II 30 4 — «totiens igitur ei sua *praesumptio* proficit quotiens concurrit cum veritate» =

la sua opinione gli sarà tanto di profitto, eccetera.

D. 31 67 10 — fides etiam communium liberorum decipiat patrem, qui melius de matre *praesumserat* — =

«che aveva avuto una migliore opinione della madre».

D. 33 VII 18 3 Paul. — Optimum ergo esse Pedius ait ... scrutari ... in qua *praesumptione* sint qui in quaque regione commorantur ... =

«è buona cosa il considerare di che parere siano», eccetera. La voce «praesumere» ha quindi in questi, ed in qualche altro testo simile che ci dispensiamo dal citare, il significato generico di «supporre» e non ha nulla a che vedere con la presunzione *esonerante dalla prova*.

* * *

Inizieremo l'osservazione dei testi della seconda categoria, quelli cioè che contengono la voce «praesumere» nel significato più o meno precisato e accentuato di «*accettare senza bisogno di prove*», con il confronto quanto mai interessante e favorevole alla tesi delle interpolazioni, nel senso sopra esposto, fra Paolo Sent. III 6 15 e D. 48 X 18.

Sent. Qui se filio testatoris impuberi tutorem adscripsit, ut suspectus a tutela remouendus est, ad quam ultro videtur adfectasse.

Dig. Qui se filio testatoris impuberi tutorem adscripsit, *etsi suspectus esse praesumitur*, tamen, si idoneus esse, approbetur, etc.

E' questo l'unico testo contenente la voce «praesumere» nel senso sopraddetto e che permette un diretto confronto col testo originale: e da questo confronto la presunzione risulta *interpolata*.

La possibilità di questo confronto diretto, che è purtroppo esclusa negli altri casi, è quanto mai preziosa, in quanto ci offre almeno un esempio sicuro di come il concetto di presunzione nel suo senso nuovo sia stato interpolato in un testo classico che ne era originariamente esente.

Nei testi che seguono un confronto diretto con i testi originali risulta impossibile, per la mancanza appunto di tali testi originali, ma vedremo, sulle orme del Ferrini (op. cit.) come a questa mancanza si possa supplire con relativa facilità, basandosi su varie quanto valide considerazioni.

D. 4 2 25 Ulp. — Non est verisimile, compulsum in urbe inique indebitum solvisse eum qui claram dignitatem se habere praetendebat, quum potuerit ius publicum invocare et adire aliquem potestate praeditum, qui utique vim eum pati prohibuisset: sed *huiusmodi praesumptioni* debet *apertissimas probationes* violentiae opponere.

Ecco apparire una «praesumptio» contraria alla «vis» subita, che deve essere eventualmente combattuta con le «apertissime probationes», che sono indubbiamente frutto di interpolazione, quindi nel testo originale dovevano mancare i due termini di «praesumptio» e di «apertissima probatio» e l'attore, se voleva ripetere il pagato, doveva dare la prova della violenza subita, prova che non dipendeva da nessuna presunzione ma semplicemente dalla sua posizione di attore.

D. 23 3 57 Jav. ex P. — quod si non evidenter apparuit, de cuius mulier obligatione sensit, *praesumptione* ad filii debitum spectare verisimile est, *nisi evidentissime contrarium adprobetur*.

La frase «contrarium adprobari» non è certo nè di Giavoleno nè di Plauzio: indegna poi di qualsiasi giurista classico è quella che ancora più direttamente ci riguarda «verisimile est praesumptione ad debitum spectare».

D. 34 5 10. — Sin autem hoc incertum est, nec potest nec per subtilitatem iudicialem manifestari, in ambiguis rebus humaniorem sententiam sequi oportet, ut tam ipsa libertatem consequatur, *quasi per praesumptionem* priore masculo edito.

Troppo chiara ed evidente anche all'occhio profano la bizzarra latinità di questo testo, che non potremo mai attribuire ad Ulpiano come

del resto a nessun giurista classico. Basti accennare al «manifestari per iudicialem suptilitatem» al «prior editus» al quale corrisponde nella parte precedente del testo e sicuramente ulpianea «primum» e «prius».

Indica inoltre il Grandewitz come sospetta la frase «consequi ingenuitatem» ed i grecismi di «nec» per «ne quidem» e «quasi edito».

D. 32 73 3. — si quis servos habuit proprios sed quorum operas locabat pistorias vel alias similes, an servorum appelatione etiam hos legasse videtur? quod et *praesumi* oportet, nisi contraria voluntas testatoris appareat.

Al Ferrini l'ultima parte, che è quella che ci interessa, pare senza possibilità di dubbio interpolata.

Proponendoci il confronto con il § 2 immagina, se non quanto alle parole, almeno quanto al concetto, la versione originale come concepita nel seguente modo:

« .. quod sine dubio accipiendum est. »

D. 34 28 3. — quaeso haec verba quatenus accipi debent-respondit: eum cuius notio et aestimaturum praesumptio enim propter naturalem affectum facit, omnia patri videri concessa, nisi aliud sensisse testatorem ab heredibus adprobetur.

L'ultima parte è, secondo il Ferrini, in netto contrasto con lo stile scevoliano, tanto da non lasciare dubbio sulla avvenuta interpolazione.

D. 36 I 2 Celso. — dicendum est, quia praesumptum est voluisse testatorem cum onere legatorum fideicommissum restitui tota trecenta te dare Titio debere.

La parte che a noi interessa è, oltre che sostanzialmente fuori di posto, formalmente scorretta (praesumptum est in luogo di praesumitur) ed è (Vedi Mommsen: «quia ... restitui» non sunt Celsi) sicuramente interpolata e non opera di Celso.

D. 32 33 2. — si donationis causa creditori solvisse, teneri heredes ex causa fidei commissi, si repetant atque etiam petentes exceptione summoueri, quod praesumptum esse debet, nisi contrarium ab herede approbetur.

Scevola avrebbe scritto eventualmente «praesumi debet» e non «praesumptum esse».

Siamo anche qui alla presenza di una indubbia interpolazione.

D. II 7 8 Ulp. — plerique filii, com parentes suos funerant vel alii qui heredes fieri possunt, licet ex hoc ipso neque pro heredes

gestio neque aditio praesumitur, tamen ne vel miscuisse se necessari vel ceteri pro herede gessisse videantur, solent testari pietatis gratia facere se sepulturam.

Nota il Ferrini a questo proposito: «Oltre la scorretta locuzione „licet praesumitur" v'hanno notevoli argomenti per l'interpolazione».

Anzitutto si avverta come, omettendo l'inciso in corsivo nulla perda il testo ed anzi guadagni maggiore efficacia ed eleganza:

— plerique filii, cum parentes suos funerant vel alii qui heredes fieri possunt, ne vel miscuisse se necessarii vel ceteri pro herede gessisse videantur, solent testari pietatis gratia facere se sepulturam, quod si supervacuo fuerit factum, eccetera.

Il «superuacuo» non costituirebbe più così una ripetizione veramente «superuacua».

Si osservi poi meglio la disgiuntiva «neque pro herede gestio neque aditio».

Che cosa c'entra qui a fare l'aditio accanto alla «gestio pro herede»?

Non si tratta qui appunto ed esclusivamente di quella forma di aditio che si attua colla gestione (l'immixtio non cade affatto nel concetto di aditione, neppure latu sensu) come risulta chiarissimo da altro brano della stessa opera dello stesso Ulpiano (D. 29 2 19). Non può dunque l'inciso ritenersi opera genuina di lui.

Vediamo per finire il testo che si trova nei Digesti, sotto la rubrica de probationibus et de praesumptionibus 22 3 24.

« Si chirographum cancellatum fuerit, licet praesumtione debitor liberatus esse videtur, in eam tamen quantitatem quam manifestis probationibus creditor sibi adhuc deberi ostenderit, recte debitor convenitur».

E' questa volta una considerazione puramente stilistica (licet videtur-manifestis probationibus ostendere) che ci convince abbastanza della avvenuta interpolazione.

Dunque, come già più sopra dicemmo, tutti i testi in cui la voce «praesumere» è adoperata con il significato di «ammettere senza dimostrazione, senza bisogno di prove» appaiono interpolati, mentre la stessa voce appare, nei testi genuini, con il semplicissimo significato di supporre, significato che non viene mai adoperato da Giustiniano.

Ma la tesi della originalità e della novità del concetto di presunzione nell'opera di Giustiniano può, a parer nostro, venir avvalorata e dimostrata, oltre che dalle deduzioni, pertanto quanto mai degne di fede, degli studi citati a questo proposito anche da qualche considerazione di ordine puramente logico, che brevemente esponiamo.

Un semplice esame dell'opera di Giustiniano ci permette di constatare come in uno stesso ordinamento giuridico, quale è appunto il Corpus Juris, si verifichi lo strano e particolare fenomeno per il quale un termine giuridico, quello di «*praesumere*», con tutti i suoi derivati, venga indifferentemente usato con due significati ben diversi.

Intanto questa realtà incomincia a convincerci che i due significati della voce «praesumere» hanno origine da due periodi della storia del diritto ben lontani e distinti: infatti, e ciò è di capitale importanza per la salvaguardia di ogni ordinamento giuridico di qualsiasi tempo e di qualsiasi periodo, i termini giuridici impiegati in un certo periodo hanno sempre lo stesso significato.

In altre parole: in ogni periodo della storia del diritto ad ogni termine giuridico corrisponde un significato ed uno solo: diversità di significato per lo stesso termine vale diversità di periodo.

Nel caso del Corpus Juris, dalla presenza di uno stesso termine usato in due diversi significati bisognerà dedurre non una inspiegabile e pericolosa incoerenza dei giuristi compilatori, ma semplicemente *la presenza e l'enunciazione di concetti nati in periodi diversi.*

Lo stesso ragionamento vale naturalmente anche se fatto a ritroso, in rapporto cioè non al diritto giustinianeo ma a quello classico: ammettendo l'autenticità di tutti i testi citati, sia della prima che della seconda serie, si avrebbe nel diritto classico quella dualità di significato notato nel diritto giustinaneo, e questa volta la spiegazione del fenomeno sarebbe quanto mai ardua, trattandosi non più di un diritto in parte originale e in parte derivato, quale quello giustinianeo, ma di un diritto genuino ed originale, che non vuole ammettere simili incongruenze.

Di qui la necessità di legare i due significati della voce «praesumere» a due tempi diversi, e siccome la logica evoluzione dei concetti e delle cose ci mostra perennemente come prima nasca il concetto più semplice ed in seguito questo concetto, inizialmente rudimentale, si modifichi, si complichi, per così dire si specializzi, trovandoci davanti al problema di incasellare due concetti, uno, semplice, di «supporre», l'altro, più complesso, di «credere senza bisogno di prove» in due diversi periodi, quello del diritto romano classico e quello del diritto romano giustinianeo, basandoci sulla semplice cronologia dei periodi dedicheremo *il primo e più semplice concetto:*

al periodo classico

(escludendone la presenza del secondo) ed il secondo:

al periodo giustinianeo

(escludendone la presenza del primo).

Questa conclusione di natura puramente logica è confortata dalle deduzioni del Ferrini e del Grandewitz, i quali hanno effettivamente visto in tutti i testi del Corpus Juris nei quali la voce «praesumere» è intesa nel secondo significato, la mano innovatrice ed interpolatrice di Giustiniano.

PRIMA SEZIONE

LE PRESUNZIONI NEL DIRITTO MATRIMONIALE CANONICO

CAPITOLO PRIMO

Breve introduzione sulla prova nel processo canonico.

Nozione.

Divisione.

Oggetto della prova.

L'onere della prova.

La «intima convinctio».

Considerata nella sua nozione più generale, valida per ogni sistema giuridico, la prova è la dimostrazione di una cosa dubbia.

Numerosissime in questo campo, benchè sostanzialmente simili se non identiche, le definizioni.

A noi basti segnalare la definizione del Mascardus, definizione oggi generalmente accettata dai canonisti, e che suona: «rei dubiae seu controversae per legitima argumenta idonea in forma legitima proposita de re dubia et controversa iudici fit fides».

Dunque, nella procedura canonica, la prova è la dimostrazione fornita al giudice, durante l'udienza e con mezzi legittimi, del fatto dubbio che forma l'oggetto della contestazione portata in giudizio.

E' utile ai fini del nostro studio ricordare a questo punto come la dimostrazione richiesta non debba necessariamente essere tale da

produrre nella coscienza del giudice una certezza assoluta, come lo sarebbe la certezza fisica o metafisica: basta al contrario, agli effetti della contestazione, quella prova la quale, basandosi su leggi di natura puramente umana, crei nella coscienza del giudice la certezza morale di non errare: quella certezza che pur non escludendo in modo assoluto, per la sua stessa natura, la possibilità di un errore, toglie tuttavia ogni ragionevole dubbio e permette quindi al giudice di agire, di determinarsi e di decidere di conseguenza.

DIVISIONI

La prova può essere *diretta o indiretta.*

E' *diretta* quando concerne direttamente il fatto dubbio, quando tende solo ed esclusivamente alla dimostrazione di esso:

è *indiretta*, o congetturale, quando stabilisce questo fatto, di per se stesso indimostrabile o per lo meno di difficile dimostrazione, basandosi su di una induzione tirata da altri fatti conosciuti e collegati più o meno strettamente al fatto ignoto.

La «presunzione», che farà l'oggetto del nostro studio, è appunto una prova indiretta.

Inoltre le prove possono essere «constituendae» o «preconstitutae» a seconda che siano elaborate e nascano nel corso stesso dell'udienza e dell'istruzione del processo, e tali saranno le testimonianze, il giuramento, eccetera, o che esistano già anteriormente al processo e vengano dalle parti prodotte durante l'istanza.

Queste prove saranno gli istrumenti, le pezze giustificative e, in generale, le prove dette letterali.

OGGETTO DELLA PROVA

Non potremo concludere questa breve introduzione sulla prova in generale senza esaminare rapidamente quello che è, quello che forma l'oggetto della prova e, per contro, quei fatti che, per essere riconosciuti ed ammessi dal giudice, non hanno bisogno dell'ausilio della prova.

Cominceremo appunto, sulla scorta del c. 1747, a levare di mezzo questi fatti.

Essi sono:

a) I fatti notori,

b) quelli che sono presunti dalla legge,

c) i fatti riportati da una parte e ammessi dall'altra, a meno che la prova non sia richiesta dalla legge stessa o dal giudice.

Per quello che riguarda i fatti notori alcune precisazioni si impongono.

Anzitutto un fatto è notorio agli effetti del diritto canonico quando risponde a quel requisito di notorietà illustrato dal c. 2197: si tratterà quindi di una notorietà di diritto, che è ad esempio realizzata da una sentenza cresciuta in giudicato, o di una notorietà di fatto, realizzata dalla effettiva divulgazione di una circostanza divenuta di dominio pubblico e quindi impossibile a dissimularsi.

A questo punto è necessario notare come la «notorietà» che leva di mezzo la necessità della prova nei riguardi del fatto notorio è, essa stessa, un fatto che deve essere provato, non bastando la semplice allegazione in giustizia della notorietà, per essere dispensati da ogni onere probatorio.

Quindi il fatto notorio è ben lungi dal dispensare completamente la parte che lo allega dall'onere della prova: in realtà esso non fa altro che spostare il campo sul quale devono agire e puntarsi le prove anche se, data la sua particolare natura, questo onere venga effettivamente e notevolmente facilitato e semplificato.

Per quanto riguarda le presunzioni, esse formano appunto l'oggetto del nostro studio, e non vogliamo anticipare qui nozioni che sarebbero necessariamente incomplete.

Da quanto precede appare che saranno allora oggetto della prova quei fatti che il giudice ritiene dubbi: che presentano un reale interesse per lo svolgimento del processo e che sono in linea di massima, allegati da una parte e negati, totalmente o parzialmente, dall'altra parte.

Quindi si tratterà di «fatti», non di semplici opinioni e non di diritto, perchè «iura novit curia» ([1]).

Non insisteremo sulla necessità per questi fatti di presentare un interesse reale alla soluzione della lite: ciò sembra troppo ovvio (anche se dotti autori vi dedichino erudite elucubrazioni): piuttosto faremo notare la necessità che questi fatti vengano allegati da una parte e negati dall'altra: è evidentemente inutile provare un fatto facente l'oggetto di una contestazione, se su di esso tutti sono d'accordo, salvo

---

([1]) Si avrà pertanto una eccezione a questa regola quando il processo è realizzato in una regione avente un suo diritto particolare e talmente speciale da tornare ignoto al giudice, come quando si tratti di una usanza puramente locale, di un privilegio ecc.

che nelle cause in cui sia coinvolto il bene pubblico, e questo data la importanza dell'oggetto della lite.

Inoltre anche in cause di bene esclusivamente privato il giudice può richiedere le prove, quando vi siano in giuoco interessi di grande importanza così pure quando, come nelle cause matrimoniali, vi sia il pericolo di un'intesa fra le parti, nell'intento di ingannare il giudice e di riacquistare quella libertà di azione egualmente desiderata dai coniugi [1].

L'ONERE DELLA PROVA

Il Codice, riprendendo l'antico principio romano (D 21 tit. III, 2.) decreta, c. 1748 § 1:

«*Onus probandi incumbit ei qui asserit*».

quindi, generalmente, all'attore.

Naturalmente ciò non esclude che nel corso del processo il difensore intenda allegare a suo vantaggio certi fatti, come ad esempio, quando sollevi una eccezione a suo favore: in questo caso anche il difensore sarà allora tenuto a fornire delle determinate prove, essendo oggetto di queste prove i fatti allegati, come ad esempio i fatti che giustificano e legittimano la eccezione sollevata.

Ma per principio colui che nega non è tenuto a provare ed a giustificare la sua negazione: il difensore può limitarsi a negare la pretesa dell'attore ed egli sarà assolto, qualunque sia la convinzione del giudice (c. 1748) se l'attore non porterà le prove dei fatti allegati.

Faremo da ultimo notare che il giudice, dopo avere ricevuto la comunicazione che una parte intende valersi di una certa prova, è tenuto a notificare questa richiesta alla parte avversa la quale, nel caso che intenda opporsi all'uso di questa prova, provocherà un incidente procedurale che sarà risolto secondo la relativa prassi.

LA «INTIMA CONVICTIO» E LE PROVE LEGALI

Due sistemi giuridici, su questo punto sostanzialmente discordanti, quello romani e quello germanico, hanno differentemente influenzato

---

[1] Fa d'uopo a questo punto ricordare il principio contenuto in Art. 117 Ist. 15 VIII 1936 secondo il quale quanto i coniugi dicono contro la validità del matrimonio non costituisce prova.

la regolamentazione di quella importantissima pagina, capitale per ogni specie e sistema di diritto, che è quella del potere di apprezzamento del giudice.

Il diritto romano consacra il principio della «intima convictio» o delle prove morali: il giudice, dopo aver ascoltato le parti, dopo avere apprezzato secondo la sua coscienza giuridica le prove portate, si forma una convinzione e decide esclusivamente in conformità ad essa: diversa è l'idea del diritto germanico, per la quale il valore delle prove portate in giustizia è ben spesso determinato a priori dalla legge, ed è così sottratto al libero arbitrio del giudice: è questo il cosidetto: *sistema legale*.

Ora il codice, benchè sembri per principio più favorevole al primo sistema, quello romano della «intima convictio», e ce lo dica del c. 1869 § 1 e 2, decretando che il giudice non può pronunciare una sentenza se non ha la certezza morale relativamente al caso da giudicare, e che è tenuto ad apprezzare le prove secondo la sua coscienza, tuttavia si affretta a precisare (§ 3) che ciò è possibile solo: «nisi lex aliquid expresse statuat de efficacia alicuius probationis».

In realtà il codice fa larga parte al sistema delle prove legali, regolando la forza probante di numerose di esse e, se questo ritorno alla tendenza germanica diminuisce notevolmente il campo di azione del giudice, ha però l'innegabile vantaggio di ridurre al minimo la possibilità di ogni soluzione di parte.

Le prove che agiscono generalmente nei processi di diritto canonico sono le seguenti:

la confessione,
la prova testimoniale,
il responso dei periti,
la prova letterale,
il giuramento delle parti,
le presunzioni ed il sopraluogo.

E' delle presunzioni che vogliamo particolarmente occuparci, come centro del presente studio.

CAPITOLO SECONDO

Le presunzioni o prove indirette.

Definizione.

Gli indizi.

Divisione delle presunzioni.

La «praesumptio iuris», divisione ed esempi.

La «praesumptio hominis», divisione, portata ed esempi.

La «praesumptio iuris ed de iure».

Le presunzioni discordanti.

Presunzioni e «Fictio iuris».

Classificare le presunzioni tra le prove, metterle per così dire sul loro stesso piano, come è ormai generale consuetudine, è cosa che può causare qualche iniziale incertezza, e che comunque non sempre convince, anche se, per distinguerle dalle altre prove ordinarie, venga ad esse dato l'appellativo di prove indirette.

A ben volere considerare, la differenza fra le prove ordinarie, la confessione, la testimonianza eccetera, che hanno di mira solo e indirettamente il fatto incerto, e le prove indirette o presunzioni, che ad esso arrivano attraverso un cammino ben più lungo e talvolta tanto tortuoso da non sembrare persino il migliore, è fondamentale e determinante. C'è beninteso, fra i due sistemi di prova un legame, una connessione almeno iniziale.

Anzi, se nella sua struttura più generale, il sistema delle presunzioni consiste nel passare, grazie ad un ragionamento logico, da certi fatti sicuri al fatto dubbio, l'esistenza di questi fatti dipenderà appunto il più delle volte e sarà chiarita per mezzo delle prove dirette:

saranno quindi i testimoni ad assicurare che l'individuo indiziato fu visto passare più volte davanti alla finestra in seguito scassinata:

saranno i medici psichiatri che diranno al giudice come lo sposo si sia trovato in due periodi precedenti e susseguenti la celebrazione del matrimonio in istato di sicura pazzia:

ma fin qui e solo fin qui

giunge la parentela e la connessione fra i due sistemi di prova: a partire da questo punto ben altre considerazioni e di diversa natura entrano in gioco per la risoluzione del problema, e dato che appunto in questa susseguente costruzione logica consiste, a ben guardare, il nucleo delle presunzioni, oltre che nel carattere di necessità dato dalla legge a questa costruzione logica, ecco perchè non ci pare fuori di posto la iniziale affermazione, *essere cioè i due sistemi di natura tanto diversa, da sembrare azzardata quella equivalenza di considerazione ad essi attribuita,* anche se il più delle volte rispondente a vincoli didattici e ad esigenze sistematiche.

Dunque le presunzioni non sono «prove» [1], perchè se fossero prove non sarebbero presunzioni, e scusiamo subito l'apparente gioco di parole dicendo che se il fatto dubbio si potesse provare (e qui si prenda provare nel suo significato stretto), nessuna ragione di essere avrebbero le presunzioni, che sono appunto l'opposto, in questo senso, della prova e che, per sussistere ed avere vigore ed assumere quel valore così decisivo ed esclusivo nei confronti del fatto dubbio, richiedono come prima condizione la mancanza di prove dirette su questo fatto.

Forse che un Salomone contemporaneo, potendo sicuramente stabilire con l'aiuto, ad esempio, della medicina, l'identità del bambino conteso, potrebbe dare al mondo un esempio così suggestivo di «praesumptio hominis»?

Diremo dunque che la presunzione non è una prova, ma è la possibilità data al giudice di giudicare in mancanza di prove dirette: *prove e presunzioni, concetti ben distinti, formano semmai il fondamento e l'edificio della sentenza oppure,* tacendo addirittura ogni sorta di prove, parlano le presunzioni con voce definitiva, e ciò grazie a quel principio secondo il quale il giudice deve in ogni caso poter dire sì o no, anche quando la sua coscienza di uomo probo e di giurista, lo lascerebbe, vista la particolare difficoltà del caso da risolvere, in un prudente atteggiamento di dubbio e incertezza.

Con questo siamo ben lungi dal trovare, neppure minimamente, irrazionale il sistema delle presunzioni: esso è al contrario il trionfo della razionalità sull'ignoto, e questo metodo, che consiste nell'arrivare

---

[1] Questa incongruenza sembra essere stata bene avvertita dal Wernz-W. (Ius can. p. 481) il quale giustifica l'annoveramento delle presunzioni fra le prove, allegando il fatto che esse **«dispensano dall'onere della prova»**.

all'ignoto partendo dagli indizi relativi è così consono all'umano intelletto da apparire, nella maggior parte delle sue applicazioni pratiche, come chiaramente ovvio ed impellentemente necessario.

E veniamo alla definizione del Codice c. 1825 § 1:

La presunzione è una *probabile congettura di una cosa incerta o,* meglio, *una conclusione ragionevole sul conto di un fatto contestato.*

Essa ha quindi per iscopo di stabilire un fatto contestato con l'aiuto di induzioni tirate da fatti noti.

Appare ovvio che questi fatti (indizi) devono avere un rapporto più o meno stretto con il fatto ignoto, ed è appunto da questo rapporto che dipende il più delle volte la portata della presunzione.

E' inoltre tipico il fatto che, rimpiazzando e sostituendosi per così dire al giudice, la legge stessa, con il sistema delle presunzioni, deduce il caso dubbio da certi atti che ne lasciano inferire le conclusioni: oppure permette al giudice di tirare delle conclusioni che, con le sue sole forze, non avrebbe potuto dare.

GLI INDIZI

Come abbiamo più sopra lasciato intendere, alla base del ragionamento che sorregge il sistema delle presunzioni si trova un certo numero di fatti sicuri, più o meno numerosi, più o meno direttamente collegati col fatto dubbio; ed è appunto dalla maggiore o minore portata di questi fatti, detti indizi, che hanno origine le diverse forme di presunzione nel loro diverso valore, che va da quello leggerissimo della «praesumptio hominis levis» a quello assoluto e direttamente inattaccabile della «praesumptio iuris et de iure». Vale quindi la pena, data la loro importanza nella discriminazione delle presunzioni, di soffermarsi almeno brevemente su questi «fatti certi», che offrono lo spunto a qualche utile considerazione.

Soprattutto interessante è lo studio degli indizi che diremo della prima categoria, quelli cioè che stanno alla base della prima serie di presunzioni, le «hominis praesumptiones», serie pertanto assai vasta ed indeterminabile, della quale il Codice si occupa brevemente nel c. 1828.

In queste presunzioni è ancora determinante, agli effetti della sentenza, il libero apprezzamento del giudice.

Dice il Codice a questo proposito: il giudice non può fondare una presunzione «hominis» che basandosi su circostanze certe e determinate, e che hanno un rapporto diretto col fatto controverso.

Interpretando positivamente questa regola espressa in modo negativo, avremo così il concetto di «praesumptio hominis» considerato come fattore tanto più attivo nella determinazione della decisione del giudice, quanto maggiore sia la portata ed il collegamento degli indizi col fatto dubbio.

La «praesumptio hominis», è infatti, come la conclusione di un sillogismo del quale il fatto noto forma la premessa: è chiaro quindi che da una premessa vaga ed imprecisa o addirittura senza rapporto col fatto contestato non si potrebbe mai dedurre una conclusione certa, precisa e attinente al fatto stesso.

Dunque la regola citata dice, almeno implicitamente, che il giudice è autorizzato a fondare la sua decisione su semplici presunzioni oggettive, quindi di conseguenza esse possono giustificare una decisione giudiziaria, ed il giudice può decidere basandosi su simili semplici presunzioni.

Ma sempre determinante a questo proposito è il legame che esiste fra gli indizi ed il fatto incerto, e la loro gravità oggettiva.

A questo proposito si considerano diverse categorie di indizi, e questa divisione, per teorica che sia e, alla fine, sempre vincolata all'apprezzamento del giudice, ha sicuramente almeno una utilità indicativa.

Presi in funzione della relazione col fatto controverso gli indizi si dividono in *lontani e vicini.*

Sono lontani quegli indizi il cui rapporto col fatto non ha un valore immediato: così le lacrime che versa una giovane sposa nel fausto giorno delle sue nozze, non significano affatto necessariamente che essa sia stata obbligata a sposarsi: può ben darsi al contrario che queste lacrime siano l'effetto della grande gioia e della commozione: così la compera di un'arma ha un rapporto relativamente vago e lontano con l'assassinio che seguirà poco tempo dopo.

Ben diverso è l'indizio vicino, che ha un rapporto immediato col fatto sconosciuto: così la giovane donna che dimostra per lo sposo una avversione tanto violenta da essere sistematicamente colpita da crisi isteriche ogni qual volta si trovi in sua presenza; che fugge presso una zia la vigilia delle nozze; che ricondotta a casa dai nerboruti fratelli straccia l'abito nuziale, che dopo la cerimonia nuziale, durante la quale non ha fatto altro che piangere, si rifiuta violentemente di coabitare col marito, fornisce un suggestivo esempio di indizio vicino di

consenso violentato, tutto facendo ritenere che nel matrimonio descritto ci sia qualchecosa di decisamente anormale (1).

Un'altra divisione, che viene generalmente fatta nel campo degli indizi, è quella fra indizio *leggero, grave,* e *gravissimo.*

L' indizio leggero non ha che un rapporto lontano con il fatto ignoto e, soprattutto, manca spesso nei casi dello stesso genere.

L' indizio leggero inclina leggermente lo spirito a concludere: più che una presunzione è un sospetto e, se presunzione fosse, sarebbe tanto lieve da non giustificare mai una decisione giudiziaria.

La «praesumptio levis» non ha quindi un valore probante, perchè è fondata su indizi insufficienti.

L' indizio grave ha invece un rapporto alquanto stretto con il fatto controverso, e lo si riscontra sovente in casi dello stesso genere: sarà ad esempio il caso di una ragazza che si disinteressa completamente del suo futuro matrimonio e rifiuta sistematicamente di parlarne:

si potrà concludere allora con una certa agevolezza che quel matrimonio non la riempie di piacere, e che probabilmente agirebbe diversamente se ad esso non fosse obbligata.

L' indizio grave, dunque, crea qualche cosa di più consistente di un sospetto: crea cioè una forte presunzione e, se questa presunzione è fortificata da altre presunzioni concomitanti, da altri indizi, può avere un valore definitivo agli effetti della sentenza.

L' indizio gravissimo, infine, ha un rapporto quanto mai stretto

---

(1) Non si creda che l'ipotetico caso portato come esempio e rassegna di indizi, abbia un valore solo teorico ed indicativo: per il vero, se è ben raro che tutti gli indizi nominati si trovino raccolti in una sola ed unica fattispecie, che formerebbe allora quasi il prototipo e la più pacifica delle cause di consenso viziato, essi si trovano però abbondantemente disseminati nella vasta giurisprudenza rotale; ed è appunto dal cumulo, dalla presenza od assenza di questi indizi, alcuni dei quali sono ormai diventati così tipici ed abituali da essere quasi indispensabili nelle fattispecie, che dipenderà la sentenza del giudice.

Già il Menochio aveva confezionato un elenco di congetture dalle quali si sarebbe dovuto ricavare il vizio di consenso, e ne riportiamo volentieri alcune, fra le più suggestive, sia pure a solo titolo di curiosità storica.

Menochius L. III de praes.

... tertia est coniectura, quando ad ostium domus, in qua matrimonium fuit contractum, adhibiti fuerunt homines armis munitis, qui facile vim inferre potuerant.

... quarta est coniectura, quando in eo loca contractus matrimonii, auditus fuit clamor et armorum strepitus.

... quinta est coniectura, quando adolescens, qui dicitur contraxisse matrimonium, exiit e domo illa, facie pallidus et tremebundus.

... sexta est coniectura, quando in ipso actu contractus matrimonii ille, vel illa lacrimabantur.

Pertanto in questo caso, fa notare il Menochio, diverse possono essere le cause del pianto e non sempre necessariamente attinenti ad un vizio del consenso.

... non coniectura est quando is, qui contraxit matrimonium, statim quo peruenit alio in loca tuto et securus, protestatus est se contrahere noliusse, eccetera.

col fatto, e lo si incontra abitualmente nei casi dello stesso genere: ritorniamo a mo' di esempio alla ragazza che ha sempre dimostrato grande avversione per il fidanzato ed ha abbandonato il domicilio coniugale di ritorno dal viaggio di nozze: un tale indizio crea una presunzione violentissima e conduce lo spirito quasi necessariamente a concludere per il consenso violentato.

La presunzione gravissima è da ritenersi per certa fin quando non sarà superata da evidentissimi argomenti contrari.

DIVISIONE DELLE PRESUNZIONI

La «praesumptio hominis»

Esaurite le necessarie premesse veniamo ora a parlare delle presunzioni vere e proprie e, come prima constatazione, diciamo che esse si dividono in due grandi gruppi: «le praesumptiones hominis», e le presunzioni legali; queste ultime formano per così dire il nucleo e la parte più tipica di questo interessante capitolo di ordinamento giuridico, e sono opera non più del giudice ma, quasi sottratte all'umano arbitrio sono per così dire consacrate dalla legge stessa e quindi, almeno quando si presentano nella loro forma più accentuata di «praesumptio iuris et de iure», direttamente inattaccabili.

Della «praesumptio hominis» molto è già stato detto trattando degli indizi. Vale pertanto la pena di ripetere e di precisare qualche concetto, allo scopo di poter meglio comprendere in seguito la sostanza delle presunzioni legali, constatando la differenza fra i due diversi tipi.

La «praesumptio hominis» è una congettura che non è espressa da nessuna legge particolare, e questo anche per il fatto che, data l'infinità dei casi particolari, il legislatore non avrebbe mai potuto prevederli tutti.

Essa è però, genericamente, approvata dalla legge, in quanto però e solo fin quando essa sia ritenuta per vera dal giudice che la dedurrà, caso per caso, dalle circostanze di fatto.

Abbiamo già detto del triplice fondamento della «praesumptio hominis», che si divide in leggera, grave e violenta, a secondo che gli indizi sui quali essa appoggia siano leggeri, gravi o gravissimi. Circa la portata, il valore e gli effetti delle pr. hominis levis ci piace qui riportare un suggestivo passo del di Luca [1] per poi non riparlarne

---

[1] De iudiciis ecclesiast. civilibus. Roma 1897.

più, data la loro minima importanza. Esso concerne la eventuale forza data dalla minore o maggiore unione di numerose debolissime presunzioni, e l'avvertenza che ad esse non si deve conferire troppa fiducia.

Infatti: — «Se è ben vero che anche fili sottilissimi che di per se stessi sono fragili ed inadatti a legare, benchè nel loro genere siano buoni, se uniti assieme formano una resistente fune, tuttavia, se tutti sono corrotti e, nel loro genere invalidi, non si potrà mai avere una fune sufficiente, poichè cento niente valgono quanto un niente». —

Altra portata, per lo meno di carattere complementare, ha la «praesumptio hominis gravis»: essa, generalmente insufficiente se sola, può far nascere o cooperare a far nascere nel giudice la piena fiducia, se concorrono altre presunzioni o se, ad esempio, ad essa ed a coronamento di essa si aggiunga il giuramento suppletorio richiesto dal giudice. Vi può essere infatti un così grave cumulo di indizi e presunzioni, che non si possano spiegare e giustificare senza ammettere la verità del fatto controverso: tutto dipende però ancora, e non ci stanchiamo dal ripeterlo, dalla prudente stima e persuasione del giudice.

Resta, per finire, la praesumptio hominis vehemens, quella che nasce dagli indizi gravissimi e, come ce lo dice la parola stessa, «veementi».

Ci troviamo questa volta alla presenza di un elemento ben più attivo di quelli finora considerati. La presunzione «vehemens» è quasi l'anello di congiunzione fra le presunzioni «hominis» e quelle legali: tenendo ancora molto delle presunzioni «hominis» essa ha però già e per la prima volta uno dei caratteri tipici delle presunzioni legali, *che consiste nella inversione dell'onere della prova*, che viene automaticamente trasferita sulla parte contro la quale agisce la violenta presunzione hominis. Ripetendo e precisando il concetto: la parte che fruisce di una presunzione «hominis» violenta è automaticamente dispensata dall'onere della prova che ricade sulla parte avversa (1).

Dunque la presunzione *hominis violenta* ha come effetto:

1) di dispensare colui in favore del quale agisce dal provare ulteriormente;

2) di trasferire sulla controparte l'onere della prova contraria, la quale prova, data la grande portata della presunzione, ha da essere di grande efficacia per essere valida e quindi far cadere la presunzione stessa;

---

(1) Coloro che hanno in loro favore una presunzione sono detti: habere intentionem in iure fundatam. E' probabilmente in questa particolarità, di dispensare, di sostituire la prova, che si trova fondato l'equivoco al quale abbiamo più sopra accennato e che risiede nel confondere prova con presunzione.

3) di essere, in foro ecclesiastico, sufficiente a stabilire ed a determinare la sentenza, quando non venga naturalmente distrutta dalle prove contrarie.

E questo anche perchè il Codice pone la regola (c. 1869 § 1 e 2 [1]), per la quale il Giudice deve statuire secondo la certezza morale desunta dagli atti e dalle prove: basta che fra questi atti metta le presunzioni violente, poichè possa ad esse conformare la sentenza. Noteremo di transenna e a mo' di conclusione che nelle cause criminali anche la «violenta hominis praesumptio» non basta, data la gravità della pena, a che il reo venga condannato, e che, in generale, nelle cause più gravi, come ad es. in quelle matrimoniali, hanno bensì forza, ma vanno considerate con la massima cautela e non prima che sia eliminato ogni dubbio positivo.

LA PRAESUMPTIO IURIS

Ben più interessante è lo studio delle presunzioni legali che si dividono, come presto vedremo, in presunzioni «iuris» e in presunzioni «iuris et de iure».

Le legislazioni positive, nell'intento di eliminare in molti casi le contestazioni e di abbreviare i processi, hanno stabilito che, realizzandosi certe circostanze, ed essendo queste circostanze sicure e ben note, un certo fatto, a loro direttamente collegato, deve ritenersi per vero e comprovato: hanno cioè stabilito le presunzioni legali.

La presunzione legale ha come effetto primo e più generale, di invertire l'onere della prova, come già la «violenta hominis praesumptio»: così l'attore che allega un documento pubblico non è tenuto a provarne l'autenticità, e, se il suo avversario la contesta, è lui che deve provarne la non autenticità: così il figlio nato e concepito durante il matrimonio è ritenuto legittimo, eccetera.

Il diritto canonico considera due sorta di presunzioni legali: le presunzioni legali semplici, dette «*iuris tantum*»; e le presunzioni eccezionali, dette presunzioni «*iuris et de iure*».

Queste due sorta di presunzioni si distinguono non per la loro natura, che è sostanzialmente identica, ma per la diversa autorità che viene ad essa attribuita dall'ordinamento giuridico canonico; mentre in-

(1) c. 1869 § 1. Ad pronuntiationem cuiuslibet sententiae requiritur in iudicis animo moralis certitudo circa rem. sententia definiendam.

§ 2. Hanc certitudem iudex haurire debet ex actis et probatis.

fatti la «praesumptio iuris tantum», per efficace che sia, può venire attaccata con qualunque mezzo legittimo diretto o indiretto, la «praesumptio iuris et de iure» è quasi inattaccabile e ammette contro di essa, come vedremo più avanti, *solo la prova indiretta.*

Dunque la presunzione «iuris» ha come principale effetto quello di *invertire l'onere della prova*: questo vuol dire in altri termini che l'attore che può valersene non è più tenuto a provare ulteriormente il suo diritto: è la legge stessa che per così dire subentra e che ha fatto la prova in suo favore ed al suo posto: e sta allora alla parte contraria di portare prove tali e tanto efficaci da far cadere la presunzione.

In mancanza di queste prove, *il giudice è tenuto a conformare la propria sentenza in favore della parte che ha, a suo vantaggio, la presunzione «iuris».*

E' allora il diritto, la legge stessa che tiene per vero un certo fatto, quando su di esso si punti una presunzione, *stabilita precedentemente e pertanto valida per tutti i fatti simili:* così facendo la legge impone al giudice di conformare ad essa il suo giudizio, che dipenderà questa volta non più dal suo libero arbitrio di giudice, ma dalla *semplice osservanza di una regola di diritto positivo.*

Ecco perchè si dice che la «praesumptio iuris» ha forza piena ma condizionata; e la condizione alla sua validità è che non venga provato il contrario in modo valido dalla controparte: verificandosi questa condizione al giudice non è concessa alcuna scelta, e la sentenza suonerà infallibilmente in favore della parte che detiene a suo vantaggio la «praesumptio iuris».

Naturalmente la prova richiesta dovrà essere proporzionata alla forza della presunzione, e tanto più violenta sarà la presunzione, tanto maggiore sarà la difficoltà e l'onere appuntato sulla parte contraria.

Riassume quanto detto il c. 1827 dicendo: Colui che ha per sè una «pr. iuris» è liberato dall'onere della prova che ricade sulla parte avversa, la quale non provante, la sentenza deve essere emessa in favore della parte per la quale sta la presunzione.

Vediamo per finire *a puro titolo indicativo* qualche esempio di pr. iuris: e diciamo a titolo indicativo, perchè su di esse ritorneremo con maggiore ampiezza quando, trasportate sul piano dell'applicazione pratica, le esamineremo nelle varie interpretazioni della giurisprudenza rotale.

c. 1014. — Matrimonium gaudet favore iuris: quare in dubio standum

est pro valore matrimonii, donec contrarium probetur salvo prescriptio c. 1127 ([1]).

c. 1015 § 2. — Il matrimonio rato si presume consumato, se i coniugi coabitarono.

c. 88 § 2. — Si presume avere l'uso della ragione colui che avrà compiuto o sorpassato il settimo anno di età.

c. 63. § 2. — Il possesso centenario o immemorabile di un privilegio fa presumere una concessione diretta.

C. 1086 — l'espressione esterna del consenso matrimoniale fa presumere il consenso interno.

C. 1814 — gli istrumenti pubblici sono presunti autentici.

C. 2201 § 2 — i dementi sono presunti incapaci di delitto, anche se hanno intervalli di lucidità, eccetera.

LA «PRAESUMPTIO IURIS ET DE IURE»

Mentre le presunzioni «iuris tantum», pur rendendo generalmente assai problematica la prova diretta del contrario, non escludono però, almeno teoricamente, la possibilità di tale prova, le presunzioni «iuris et de iure»

([1]) Pur senza voler anticipare in questa sede nozioni che saranno riprese in seguito, conviene già fin d'ora sottolineare convenientemente l'importanza ed il criterio direttivo contenuto nella presunzione del c. 1014.

Infatti, espresso in altri termini questo canone sta ad affermare che il matrimonio celebrato deve ritenersi per valido fin quando non sia raggiunta la certezza morale circa l'invalidità dello stesso; con la conseguenza che «in dubio standum est pro valore matrimonii».

Di quest'ultima presunzione avvertiamo direttamente od indirettamente la costante presenza nella grande maggioranza delle cause in nullità. In molti casi, quando cioè le risultanze della causa non hanno portato ad un risultato soddisfacente in vista della soluzione del problema, quando cioè, in altri termini, l'invalidità del matrimonio appare ancora dubbia agli occhi del giudice, essa è la chiave di volta della sentenza (Cfr. S. R. R. sentent. Vol. XVII, dec. 34 - 30 giugno 1925; Vol. VII dec. 18 - 21 aprile 1915. Vol. II d. 27 - 16 luglio 1910 in particolare).

In generale questa presunzione basilare trova la sua giustificazione nel fatto che la Chiesa tende ad ovviare al pericolo che si giunga a dichiarazioni di nullità dei matrimoni in modo affrettato e sulla base di un giudizio fondato su semplici probabilità.

Va detto che talvolta questo principio sembra persino applicato con rigorismo eccessivo. (Cfr. Vol. II d. 27 - 16 luglio 1910), rigorismo solo giustificato dalla buona «ratio legis» informatrice del principio stesso.

Va ancora detto che **non ogni sorta e genere** di dubbio si deve risolvere a favore della validità del matrimonio: infatti il principio in questione «intelligitur de dubio probabili, minime vero de dubio levi: quod contemdendum est. (Vol. I. d. 23 - 22 aprile 1913) e questo temperamento alla iniziale rigidità del principio è ovviamente equo e giustificabile.

tolgono addirittura alla parte avversa questa stessa possibilità, ed in questa peculiarità risiede appunto la differenza dalle presunzioni «iuris tantum», delle quali abbiamo parlato più sopra, e la stessa natura della pres. iuris et de iure.

Infatti il c. 1826 recita:

«Contra praesumptionem iuris simpliciter admittitur probatio tam directa tam indirecta: contra praesumptionem iuris et de iure tantum indirectae: hoc est *contra factum quod est praesumptionis fundamentum*».

La pr. iuris et de iure è quindi direttamente inattaccabile (eccezion fatta di alcuni casi assolutamente eccezionali che vedremo in seguito) ed ha quindi per così dire lo stesso valore della legge stessa traendo seco necessariamente la sentenza definitiva: ed è interessante notare come la sentenza definitiva stessa, una volta divenuta «res iudicata» viene ad assumere la forza di una «pr. iuris et de iure».

Abbiamo detto che la pr. iuris et de iure non ammette la prova contraria diretta: essa ammette però la prova indiretta, ed a questo proposito è utile qualche considerazione.

Si ammette la prova indiretta perchè questo genere di prova non ha come scopo di voler dimostrare il contrario di quello che la legge presume ma perchè, attaccando la presunzione alla sua stessa base, dimostra o tende a dimostrare che non esistono addirittura le qualità, le circostanze e le condizioni requisite dalla legge per la validità e l'esistenza stessa della presunzione: quindi non è la legge che viene impugnata ma si cerca, con la prova indiretta, di dimostrare addirittura «*l'inesistenza del caso dal quale la legge fa scendere una presunzione*».

Così ad esempio la «res iudicata» si potrà impugnare se si riesce a dimostrare che il giudizio stesso dal quale ha origine è invalidato da nullità assoluta.

Non si cercherà allora di contestare che essa sia vera o giusta, nè si tenterà di provare che è contraria alla giustizia ed alla verità: bisognerà, per ottenere il risultato desiderato, provare che non c'è «res iudicata» sia perchè ad esempio non c'è stata doppia sentenza conforme o perchè la sentenza unica diventata «res iudicata» non realizza le condizioni richieste per diventare tale.

Perchè, se è vero che il diritto attribuisce alla cosa giudicata una autorità eccezionale, è altrettanto vero e razionale che il diritto supponga che la sentenza passata a cosa giudicata sia valevole come tale.

Un'altra considerazione è di rigore a questo punto, e concerne la possibilità, pertanto assolutamente eccezionale, di combattere le «pr. iuris et de iure» anche con una prova diretta: e se questa regola non

è contenuta nei Canoni, esiste invece nella comune dottrina, nella quale è ammessa la diretta prova contraria nei seguenti casi:

1) Quando contro la presunzione si possano allegare fatti notori, e questo perchè non si potrà mai escludere la prova fatta per mezzo dell'evidenza dei fatti, grazie al generale principio secondo il quale le presunzioni devono cedere alla verità evidente.

2) Quando colui in favore del quale sta la presunzione compie una confessione giudiziale, poichè essa è ammessa contro la sentenza che è passata allo stato di «res iudicata».

3) Quando si rende la cosa evidente per mezzo di pubblico istrumento, salvo eccezionalissimi casi.

Ed ecco, per concludere, sempre a titolo indicativo, due esempi di pr. iuris et de iure:

c. 1904: la cosa giudicata è presunta vera e giusta e non può essere direttamente impugnata.

c. 1972: il matrimonio, che durante la vita dei coniugi non è stato accusato, è presunto valido, e non si ammette la prova del contrario, se non indiretta e «incidenter».

* * *

Una breve considerazione si impone a questo punto sul caso, tutt'altro che raro in verità, per il quale capiti che fra le presunzioni presenti in un determinato giudizio vi siano discordanze o, addirittura, dei conflitti.

In questo caso è mestieri che la presunzione più forte vinca la minore.

Di qui, siccome per la sua posizione predominante la presunzione legale ha da essere più forte della semplice «pr. facti», siccome al generale si ha da derogare di fronte allo speciale, e si ha pure da preferire l'ordine pubblico ai casi privati, il giudice prudente dovrà in primo luogo attenersi alle presunzioni legali e non alle proprie congetture: inoltre dovrà posporre le pr. generali a quelle speciali e in ogni caso, come fa notare il Wernz-Widal (op. cit. p. 486) decida tenendo conto della salute delle anime.

* * *

Un'ultima breve considerazione concerne la differenza, già così

bene avvertita dal Menochio, fra le presunzioni legali, siano iuris tantum o iuris et de iure, e le finzioni giuridiche.

Dice il Menochio L. I. quaest. VIII § 9 - 10: — Fictio fingit esse vera ea, quae vera non sunt. Praesumptio vero praesumit super re dubia, quae ita esse aut non esse potest. Unde fictio numquam convenit cum veritate, praesumptio vero saepe. —

Notata la differenza fra finzione e presunzione conviene ancora notare che contro le finzioni giuridiche non può essere portata nessuna prova contraria: esse non possono essere impugnate, e questo è il loro massimo effetto.

Nel diritto canonico è una finzione giuridica la seguente: essere una ed una stessa persona giuridica il defunto e gli eredi;

come pure: il figlio adottivo o legittimato è come nato da giuste nozze.

E' appunto in vista della non impugnabilità delle finzioni giuridiche che è di grande importanza nello studio delle presunzioni riportate nei casi pratici l'osservare se alle volte non ci si trovi davanti ad una «fictio iuris» perchè in questo caso nessuna prova contraria verrebbe più ammessa.

SECONDA SEZIONE

LE PRESUNZIONI NELLA GIURISPRUDENZA DELLA SACRA ROMANA ROTA CONSIDERATE IN RAPPORTO ALLE SINGOLE CAUSE DI NULLITÀ

CAPITOLO PRIMO

LE PRESUNZIONI NELLE CAUSE IN NULLITA' DOVUTE A UN VIZIO DEL CONSENSO

A) *Il consenso nel matrimonio canonico.*

Il matrimonio contratto-sacramento.

La funzione del Sacerdote nella celebrazione del matrimonio.

Il concetto di consenso.

Benchè comunemente e giustamente si usi considerare il sistema costruito dal diritto della Chiesa per regolare il matrimonio come basato sui tre punti essenziali ed equivalenti di «*consenso, capacità e forma*», un più attento esame di quello che ne è l'intima struttura lascia chiaramente intendere e percepire la sovrana predominanza in esso dell'elemento consensuale.

Basterebbe già infatti, a questo proposito, l'analisi della chiara ed efficace dizione del c. 1080 § 1 nel quale è scritto:

«Matrimonium facit *partium consensus* inter personas *iure habiles legitime manifestatus:* qui nulla humana potestate suppleri valet».

L'evidenza della supremazia del consenso «qui facit matrimonium» nella formazione del matrimonio è ovvia, nè vale a diminuirla la presenza degli altri due elementi di forma e di capacità che sono, dall'ordinamento giuridico canonico, imposti ai soggetti per ragioni di indole generale e a loro esterne. Si può quindi ben dire che l'elemento essenziale e creatore del matrimonio è il consenso il quale, prima di esser richiesto dall'ordinamento giuridico è, per così dire, richiesto dalla stessa natura umana del matrimonio, ed è tanto più decisivo agli effetti della validità del matrimonio stesso in quanto, almeno nella sua iniziale formazione, interessa prima di tutto ed esclusivamente i due nubenti ed il loro mondo interiore, prima di esteriorizzarsi e divenire così un elemento giuridico, necessariamente rivestito di certe esigenze di forma e di capacità. Questa realtà, del fondamentale ruolo del consenso nella formazione del matrimonio è facilmente deducibile prima di tutto da un breve esame del c. 1012, canone che esprime in termini quanto mai evidenti la concezione secondo la quale il matrimonio tra battezzati è, nello stesso tempo, contratto e sacramento.

«Cristus Dominus ad sacramenti dignitatem evexit ipsum contractum matrimonialem inter baptzatos, nequit matrimonialis contractus validus consistere, quin sit eo ipso sacramentum».

Questa connessione così intima e meravigliosa tra l'umano ed il divino [1] che non si può capire senza comprendere il sublime edificio dottrinale costruito dalla Chiesa per spiegare i rapporti esistenti tra Dio creatore e l'uomo, creato a Sua immagine e somiglianza, è per così dire la chiave di tutto l'ordinamento matrimoniale canonico, e da esso ne discendono le due esigenze principali e fondamentali di esso, e cioè: l'importanza del consenso nella formazione del matrimonio ed il carattere sacramentale del matrimonio stesso.

Il consenso quindi oltre che elemento essenziale del contratto diventa elemento essenziale del sacramento stesso, e di esso ne sono ministri gli sposi stessi, e d'altra parte, l'intervento giurisdizionale della Chiesa non investe il solo lato sacramentale del matrimonio ma si occupa anche del lato contrattuale, determinandone le condizioni di validità.

Ma si può forse fare un passo avanti nella tesi della fondamentale

---

[1] «Per la Chiesa il matrimonio è „res sacra" già come istituto naturale, poichè „sanctum est quod a Deo procedit et ad Deum ducit» esso ha sua base nell'ordinamento divino di cui in Gen. I, 27-28; II 24; e però la santità sacramentale del matrimonio cristiano, come del resto tutto il soprannaturale, si connette con la sfera del naturale, cioè con il carattere del matrimonio naturale, del tutto speciale per il fine altissimo, che è la procreazione dei figli, dove l'intervento di Dio si inserisce, con la creazione dell'anima del fanciullo, nella funzione dei genitori, e per l'intima struttura, onde il vincolo sensibile e corporale si innalza in quello morale e spirituale». (Del Giudice — Nozione di diritto canonico. Milano 1949, pag. 117).

supremazia del carattere contrattuale del matrimonio, senza volerne tuttavia minimamente negare la indissolubilità con il carattere sacramentale che ne è, per così dire, l'immediato e necessario riflesso, con la facile considerazione che il matrimonio, prima e per poter «evincere ad dignitatem sacramenti» *deve esistere in quanto contratto:* e non sarà mai tale e quindi non sarà mai elevato alla dignità di sacramento se sarà minato alla base dalla imperfezione del suo elemento fondamentale, il consenso [1].

Quindi esclusione di ogni matrimonio che non sia contratto, che non sia cioè basato sul consenso.

Ma il carattere puramente consensuale del matrimonio è pure confermato dalla dottrina canonistica, secondo la quale il matrimonio si perfeziona col solo consenso, senza che occorra necessariamente la «traditio rei», come avviene nei contratti reali.

Il principio antico «matrimonium solo consensu perficitur» fu attinto dalla nascente dottrina matrimoniale cristiana nel largo mare della scienza giuridica romana, ma ebbe una interpretazione ben diversa da quella classica.

Mentre infatti nel diritto romano questo principio stava ad indicare la necessità della presenza della «affectio maritalis» del marito verso la moglie, essenziale ed indispensabile affinchè il matrimonio continuasse a sussistere, nel diritto della Chiesa questo principio significava che il matrimonio era senz'altro perfetto e quindi pienamente valido ove ci fosse stato l'incontro dei consensi, senza che si dovesse affatto realizzare la unione dei corpi, o copula.

Ma, come sopra abbiamo accennato, per comprendere le ragioni intime e l'essenza stessa del matrimonio cristiano, considerato come contratto-sacramento, non sarà inutile indugiare un istante sulla considerazione di questa grandiosa istituzione alla luce dei rapporti fra l'uomo e Dio creatore.

Balza evidentissima all'occhio anzitutto una peculiarità del sacramento del matrimonio, e cioè il fatto che questo sacramento è l'unico che non abbia di mira un'attività direttamente intenta a fini religiosi.

E' precisamente in grazia di esso che l'atto più profondamente legato alla vita ed alla natura umana, l'atto nel quale hanno una grandissima parte la vita dei sensi e del sentimento, viene sublimato e rialzato ad un atto produttivo di Grazia, come lo è ogni sacramento.

---

[1] Conviene far rilevare a scanso di equivoci che questa supremazia non comporta però una distinzione reale fra i due caratteri contrattuali e sacramentali essendo in realtà tutti e solo gli elementi del contratto anche elementi del sacramento.

E nella sua grande e secolare sapienza la Chiesa è ben lontana dal voler dimenticare i caratteri umani e naturali di questa istituzione, ed è qui appunto che risiede la grandiosità e l'innovazione dell'istituto matrimoniale cristiano, in quanto la Chiesa, oltre che dare al matrimonio il sigillo della sacramentalità, l'organizza nel modo e munito di quei caratteri più rispondenti e più consoni alle esigenze della natura umana.

Nessun'altra religione infatti ha mai sancito in un modo tanto nitido e conciso i due caratteri di unità e di indissolubilità dell'istituto matrimoniale.

E forse che così immaginata ed organizzata la unione fra l'uomo e la donna non risponde anche ad una concezione puramente umana e naturale dell'amore e della famiglia?

E' il c. 1013 § 2 che ci dice:

— Essentialis matrimonii proprietas sunt unitas ac indissolubilitas, quae in matrimonio christiano peculiarem obtinent firmitatem ratione sacramenti. —

Forse che questo precetto, anche se spogliato dal suo carattere cristiano, non sarebbe una preziosa e felice norma per l'uomo che intenda vivere secondo natura?

Mentre il c. 1012 § 2 esprime la sostanziale unità tra contratto e sacramento dal punto di vista della forma, il c. 1013 sopra considerato ne esprime l'unità dal punto di vista del contenuto; e infatti le caratteristiche di unità ed indissolubilità del vincolo sono considerate come essenziali al matrimonio, ed il sacramento per mezzo del quale su un piano soprannaturale il matrimonio si identifica, conferma queste due proprietà dell'istituto matrimoniale.

Secondo la concezione della Chiesa la natura concepisce il matrimonio come perpetuo e costituito tra un sol uomo ed una sola donna escludendo quindi la poligamia.

Questa concezione del matrimonio è basata unicamente sul piano del diritto naturale, ed è quindi una considerazione di filosofia, se pure cristiana, e non di teologia.

Dunque la Chiesa guarda all'uomo prima come ad un essere semplicemente razionale e come tale lo guida ed organizza: poi, lo considera come innestato nell'organismo soprannaturale creato dalla Grazia, ma questo solo dopo avere organizzato la vita dell'uomo sul piano della natura e su basi puramente razionali.

Ecco allora perchè la Chiesa considera già come «matrimonium legittimum» quel vincolo che si crea fra coniugi non battezzati purchè,

sulla base del consenso, esso abbia il presupposto dell'unità e dell'indissolubilità.

Un problema quanto mai interessante appare a questo punto.

Se, come è chiaramente statuito dal c. 1012 il matrimonio è insieme contratto e sacramento; se, quindi, non vi può essere valido contratto che non sia nel contempo sacramento, e nel matrimonio non può essere sacramento senza che il contratto sia valido, essendo essenziale a questo proposito il consenso degli sposi, quale sarà allora la parte e la funzione del Sacerdote?

Che cosa aggiunge la presenza del Sacerdote e la sua volontà al consenso degli sposi?

Una brevissima indagine storica a questo proposito ci porterà ancora una volta agevolmente alla constatazione dell'assoluta essenzialità e quasi supremazia del consenso.

Mentre per i primi secoli di vita della Chiesa la Dottrina su questo punto era chiara e pacifica, come pure durante l'alto medioevo, si ebbe un singolare oscuramento in questo campo nel secolo XVI, ad opera soprattutto del teologo Melchior Cano il quale, pur senza uscire dalla ortodossia cattolica, scompose i due elementi del matrimonio, quello contrattuale e quello sacramentale, in modo da indicarli come due separati istituti e si giunse così a contrapporli come due entità distinte.

Quindi mentre per la costituzione e la validità del «contratto» era richiesta la sola volontà degli sposi, si considerava come indispensabile alla formazione del sacramento la presenza del Sacerdote.

Da questa tesi, che trovò in quei tempi un favore singolare, ebbe luogo la grande disputa del Concilio di Trento, che si concluse con la vittoria della tesi tradizionale opposta, per la quale il matrimonio era considerato perfetto vuoi come contratto, vuoi come sacramento, quando si fosse constatato il consenso degli sposi, e la presenza o l'assenza del Sacerdote, altro non era che una pura questione di forma.

Nè vale a diminuire la portata di questa affermazione il fatto che fu introdotto, nella categoria dei requisiti di forma, il requisito della presenza del Sacerdote per la validità dei matrimoni che si sarebbero celebrati dopo la pubblicazione del decreto del Concilio di Trento.

Con questa decisione riceveva definitiva conferma la tesi secondo la quale tutti e solo gli elementi del contratto sono anche elementi del sacramento, mentre la presenza del Sacerdote è soltanto necessaria come

quella di un «testis qualificatus» [1] riaffermandosi ancora una volta l'assoluta essenzialità del consenso.

E non potremo chiudere questa breve introduzione sul consenso senza vedere cosa l'ordinamento canonico intenda esattamente per consenso e, più precisamente per il consenso richiesto per la validità del matrimonio.

Esso per il vero non è altro che la *libera, spontanea e volontaria adesione della volontà dei nubenti al nucleo essenzialissimo dell'istituto matrimoniale, e cioè all'identificazione del matrimonio come: «societas permanens inter virum et mulierem ad filios procreandos».*

E' su questo concetto dell'essenza del matrimonio ridotto per così dire al minimo termine identificante che deve concentrarsi e polarizzarsi la volontà dei nubenti per generare quel consenso indispensabile e che, manifestato nelle forme dovute, rende il matrimonio pienamente valido.

B) *La manifestazione del consenso.*

La praesumptio del c. 1086 § 1.

Il principio della responsabilità e la innovazione del diritto canonico.

Il valore dell'atto esterno.

La giurisprudenza.

Se nella numerosa ed eterogenea schiera dei contratti ne esistesse uno per il quale l'applicazione del principio della responsabilità (Erklärungstheorie) sembri a prima vista maggiormente rispondere a ragioni di ordine pratico e morale, questo contratto non potrebbe non essere quello matrimoniale.

Infatti, mentre nella generalità degli altri contratti la parte ingannata, non essendo valido il principio della responsabilità verrebbe a patire il più delle volte danni ed inconvenienti di ordine esclusivamente finanziario o per lo meno riducibile ad esso, ben diversa e più compromessa è la situazione del coniuge ingannato dall'altro contraente il quale, escludendo per un qualunque motivo con un atto positivo di volontà il consenso matrimoniale, celebra esteriormente il matrimonio

(1) Il Sacerdote assiste quale «testis publicus» o «testis ex officio deputatus», raccogliendo in nome della Chiesa il consenso dei nubendi e invocando, con la benedizione, la Grazia su di essi (del Giudice, op. cit. p. 118).

e lo consuma, mettendo la parte ingannata in una situazione malagevole e delicatissima e a certi effetti irreparabile.

Ma è proprio qui che la mentalità della Chiesa è tanto diversa da quella laica, e se a prima vista l'esclusione assoluta del principio della responsabilità nel contratto matrimoniale può parere, almeno in determinati casi, malagevole a giustificarsi questo principio non è altro che la prima e necessaria conseguenza di quell'altro, che fu rivestito dalla Chiesa di tanta solennità, secondo il quale il matrimonio è essenzialmente l'accordo di due volontà (1).

E' il consenso e solo il consenso che fa il matrimonio, quel consenso «qui nulla umana potestate suppleri valet».

Quindi mancando per una ragione o per un'altra questo consenso nessun ordinamento giuridico, nemmeno quello canonico, potrà sostituirsi ad esso per rendere valido il matrimonio, ed inutilmente a questo proposito si invocheranno ragioni morali sociali e pratiche.

A questo punto è bene notare, a scanso di equivoci, che la manifestazione esterna del consenso è pertanto ben lungi dall'essere priva di valore, ma questo valore non le nasce direttamente da alcun principio di responsabilità, ma le viene conferito dalla presunzione «iuris tantum» del c. 1086 § 1, secondo il quale si presume la conformità fra manifestazione esterna e consenso e quindi la manifestazione esterna grazie a questa presunzione ha valore solo ed in quanto testimonia la volontà interna.

Ma non si dimentichi che la presunzione citata è «iuris tantum» ed è valida quindi solo fino alla prova del contrario e così, quando la mancanza dell'interno consenso verrà dimostrata con mezzi appositi e rispondenti all'esigenza del caso, la manifestazione simulata, per quanto simulata con arte e nel modo più suggestivo, non ha più nessun valore ed il matrimonio così celebrato è quindi invalido.

Dunque, partendo dalla manifestazione esterna si arriva, tramite la presunzione, al consenso, che è la meta ed il fine di questa esplorazione dell'animo umano: ma se il consenso manca positivamente, per quanto basse ed ignobili siano le cause di questa simulazione e per quanto disastrose ne siano le conseguenze il matrimonio così celebrato è invalido.

A questo proposito ricordiamo una decisione (S. R. R. Dec. seu Sententiae Vol. VII dec. 18-21 aprile 1915) che ci sembra esemplificare assai bene quanto detto, sia per quanto riguarda il basso movente dello

---

(1) Non si dimentichi che i concetti di «consensus» e di «maritalis affectio» erano già presenti nel diritto romano (D. 23, 2, legge 16 § 2; D. 50, 17, legge 30; D. 24, 1, legge 32 § 13); il diritto canonico li riprese e per così dire li specializzò dando loro quell'importanza decisiva che ne forma la peculiarità.

sposo simulante, sia per la figura della sposa ingannata, sia per il giuoco contrastante delle presunzioni in causa e finalmente per il giudizio reso.

Troviamo in essa tale Arturo, precedentemente più volte condannato alle carceri per oltraggi al pudore e truffe varie il quale, fingendosi cultore di scienze agricole, ricco, di nobile casato e soprattutto religiosissimo sposa «ob auri sacram famem» la ricca e pia Emilia, dopo aver ottenuto il pieno consenso della madre della sposa e dei parenti tutti.

Ma le cose dovevano presto cambiare, appena celebrato il matrimonio, ed ecco infatti lo sposo mostrare il suo vero volto, e pretendere con mali modi dalla moglie esageratissime prestazioni finanziarie, e trascurare nel modo più elementare ogni dovere coniugale, dichiarando per di più che nel matrimonio aveva intravvisto solamente un affare economico e null'altro.

Di qui la causa in petizione di nullità.

Gli Uditori, dopo avere solennemente riconfermata la parte esclusiva ed essenziale del consenso nella formazione del matrimonio, dopo avere ad essa opposta, nel piano teorico, la «fictio» che si realizza quando [1] contrahens externe quidem verba consensum exprimentia serio et rite profert, sed interne illum non habet» e che, se constatato, invalida il matrimonio senza ombra di dubbio, fanno notare, sempre restando nel campo del diritto che «consensus matrimonialis simulatio in foro externo non praesumitur sed probanda est certis argumentis, quia nemo extimandus est dixisse quod non mente agitaverit, et *in dubio standum est semper pro matrimonii valore*».

Inoltre, continuano gli Uditori, la simulazione è difficile da provarsi, e ad essa non basta, ad esempio, il giuramento della parte che lo allega, poichè «nimis indignum videtur quod sua quisque voce dilucide protestatus est, in eundem casum infirmare proprioque testimonio resistere».

Tuttavia, malgrado le difficoltà precedentemente esposte, malgrado le presunzioni contrarie ad essa, la simulazione può essere validamente provata, secondo la comune dottrina «si manifesta sit causa seu motivum simulationis, et ipsa simulatio evincatur ex circumstantiis *antecedentibus, concomitantibus et subsequentibus*, quae adeo praecisae et urgentes sint, ut certum moraliter reddant iudicem de ficto consensu».

Nella fattispecie la scellerata vita dello sposo, le circostanze nelle quali vennero celebrate le infelici nozze, l'improvviso mutamento di carattere e le folli pretese dello sposo nei riguardi delle ricchezze della sposa, ricchezze che formano tutta la «causa simulandi», sono più che

---

[1] Gasparri, op. cit. n. 908.

sufficienti a generare nel giudice quella certezza morale richiesta: la simulazione è constatata e con sentenza del 21 aprile 1915 il matrimonio è dichiarato nullo.

Si vede da questo esempio come la simulazione, intima e segreta offre nel suo regime delle prove, un grande campo all'applicazione delle presunzioni che si trovano il più delle volte in contrasto fra loro.

Infatti da una parte stanno le presunzioni che parlano in favore alla validità del matrimonio ed, in primis, quella del canone 1086, di portata tutt'altro che lieve:

dall'altra parte quelle che, caso per caso, nascono dalle circostanze precedenti, concomitanti e susseguenti la celebrazione del matrimonio e che, assieme alla causa simulandi, che deve sempre essere presente, possono combattere e superare le altre presunzioni ed avere il sopravvento, creando nell'animo del giudice la certezza morale della simulazione avvenuta.

Quindi la simulazione sarà accertata:

a) quando esiste una «causa simulandi» che deve essere sempre provata e proporzionata all'effetto, tenuta in considerazione la situazione paritcolare del simulante:

b) quando lo facciano supporre le circostanze antecedenti, concomitanti e susseguenti il matrimonio:

c) quando ci sia la confessione del simulante specialmente se fatta dopo la celebrazione del matrimonio ([1]).

Queste generalmente, le prove indirette che intervengono in casi di questo genere.

Possono però esistere altre prove dirette della simulazione e ciò si avvera ad esempio quando colui che finge dichiari, prima del matrimonio di andare ad esso con questa intenzione, e si possa provare che non mutò consiglio fino al momento della celebrazione.

In questo caso naturalmente l'opera del giudice è notevolmente agevolata ed il matrimonio è subito dichiarato nullo.

Altri casi di simulazione totale, differentemente risolti a seconda della maggiore o della minore portata delle presunzioni e delle prove

---

([1]) Nel caso considerato manca per il vero ogni esplicita dichiarazione del nubente, secondo la quale il denaro sarebbe stata l'unica causa del matrimonio simulato; tuttavia (No. 7) «i fatti parlano spesso un linguaggio più alto e più vero delle parole, poichè le parole sono spesso menzogne per mascherare con esse sentimenti profondi. Il denaro dell'attrice appare al convenuto soltanto raggiungibile attraverso la forma esterna del matrimonio ecclesiastico, quando egualmente manca in lui la profonda intenzione che è da lui solo simulata: la sua avidità di denaro fu il motivo del matrimonio apparente che diventa forma vuota: l'avidità è la vera „causa simulationis consensus"».

si vedano in:

Vol. XXd. 37 - 31 luglio 1928. — Vol. IIX d. 4 - 29 febbraio 1916. — Vol. II d. 4 - 21 gennaio 1910. — Vol. XVII d. 46 - 13 novembre 1925. — Vol. XX d. 44 - 10 agosto 1928. — Vol. XXI d. 17 - 6 marzo 1929. — Vol. XXI d. 9 - 23 febbraio 1932. — Vol. XXVIII d. 8 - 30 gennaio 1936.

C) *La simulazione parziale.*

Il problema dell'esclusione dello «ius» e dell'«exercitium iuris».

La discriminazione tra «intentio non adimplendi» e «intentio non se obligandi».

La «intentio contra bonum sacramenti».

La «intentio contra bonum fidei».

La «intentio contra bonum prolis»

La prassi e le presunzioni.

Se la simulazione totale che si ha quando una parte o le due parti escludono con un positivo atto di volontà il matrimonio stesso nella sua completezza invalida, come è stato visto, il matrimonio, lo stesso effetto invalidante è pure raggiunto dalla cosiddetta simulazione parziale, che si realizza quando un nubente, pur volendo celebrare il matrimonio e non solo l'apparenza dello stesso esclude dal matrimonio o lo «*ius ad coniugalem actum*» o una proprietà essenziale di esso che sarà, secondo il c. 1013 § 2 la unità del vincolo e la sua perpetuità.

Questa differenza tra simulazione totale e simulazione parziale è messa chiaramente in evidenza dal c. 1086 § 2:

«At si alterutra vel utraque pars positivo voluntatis actu exludat matrimonium ipsum (sim. tot.) aut omne ius ad coniugalem actum, vel essentialem aliquam matrimonii proprietatem (sim. parz.) invalide contrahit».

Ci occupiamo ora della simulazione parziale che offre il campo ad alcune interessanti considerazioni.

La simulazione parziale si ha ogni qual volta «alterutra vel utraque pars positivo voluntatis actu excludat omne ius ad coniugalem actum, vel essentialem aliquam matrimonii proprietatem».

Tre casi quindi si presentano nella simulazione parziale, a seconda

che il nubente escluda la perpetuità del vincolo, o ne escluda l'unità, o ogni diritto all'atto coniugale: in altri termini si avrà nella parte simulante una «intentio contra bonum sacramenti» o una «intentio contra bonum fidei» oppure una «intentio contra bonum prolis».

Avremo allora da una parte il matrimonio come è voluto ed organizzato dalla Chiesa, sorretto dai tre «*bona*» fondamentali:

dall'altra e in contrasto con esso, il matrimonio che è voluto sì dal soggetto, ma che è organizzato secondo uno schema diverso da quello della Chiesa.

Il nucleo dunque della simulazione parziale, nel quale si fonda il suo effetto invalidante, consiste in questa discordanza, *ragionata e voluta*, tra l'ordinamento matrimoniale canonico e lo schema di matrimonio costruito a suo uso e consumo dal nubente simulante.

Perchè, se è ben vero che è la volontà del soggetto che è determinante, ai fini del valore del matrimonio, tale volontà, perchè sia riconosciuta e suggellata dall'ordinamento giuridico canonico, deve correre, per così dire, nei binari all'uopo preparati, ed una volontà che si diriga per vie traverse o, quantomeno, si arresti a mezza strada, mutilando così lo schema relativamente complesso del sistema matrimoniale canonico, non potrebbe mai da esso venir presa in considerazione, e riceverne quel necessario suggello.

Questo «fermarsi a mezza strada», questo mutilare lo schema canonico si realizzerà, nella pratica, con l'esclusione di uno dei tre «*bona*».

Ma a questo punto la tradizionale dottrina ci avverte che questa esclusione non è rilevante, ai fini della validità o meno del matrimonio se non si riferisce allo *ius* che è contenuto in ciascuno dei tre «*bona*», e si limita invece a considerare l'«exercitium iuris», cioè il semplice adempimento dell'obbligo che nasce ai contraenti dai tre «*bona*».

In altri termini il matrimonio così contratto sarà pur sempre valido se nell'animo del nubente è presente la semplice «intentio non adimplendi», mentre invalidamente contrarrà colui nell'animo del quale agisce, come una punta atta a scalzare tutto l'ordinamento matrimoniale canonico, un'«intentio non se obbligandi», frutto generalmente di ragionamenti teorici ed astratti.

Questa differenza è tutt'altro che frutto di accademiche sottigliezze, e può agevolmente venir compresa grazie ad un esame psicologico del nubente: e l'importanza di questi due ben diversi punti di partenza con-

siste nel fatto che precisamente da essi dipende la validità e la invalidità del matrimonio parzialmente simulato (1).

Dunque, esemplificando, avremo da una parte il nubente il quale, abituato da tempo a non osservare più alcuna norma morale, pur sapendo benissimo teoricamente che, ad esempio, la fedeltà matrimoniale è un punto essenziale del matrimonio stesso, se ne ride di questo obbligo, e si sposa con la certezza e l'intenzione di tradire abbondantemente il coniuge: semplice *intentio non adimplendi,* che non invalida il matrimonio: dall'altra parte è invece la figura, ben più interessante, del nubente il quale, dopo un ragionamento più o meno complesso e razionale, è arrivato alla ferma convinzione che nell'ordinamento giuridico matrimoniale canonico c'è qualcosa di irrazionale e di superfluo, ad esempio, il nostro pensatore (meno raro nella pratica di quanto non si potrebbe credere) è venuto alla conclusione che, date alcune particolarità e peculiarità della natura umana il principio della fedeltà verso l'altro coniuge è: *assurdo, irrazionale* ed *inaccettabile:*

esso non può essere voluto da Dio e sicuramente è stato introdotto dai Preti per semplici ragioni di ordine: quindi esclude il «bonum fidei» ed è sempre pronto a giustificare davanti agli uomini e davanti alla sua «cristiana» coscienza questa esclusione, e si sposa intendendo celebrare il matrimonio avente uno schema diverso da quello della Chiesa: ebbene, anche se il nubente, data ad esempio la sua natura timida e più portata verso le elucubrazioni mentali che verso le realizzazioni pratiche, dopo sposato non tradirà una sol volta il coniuge, pur credendo di sapere però che, se mai lo facesse, non compirebbe peccato, il matrimonio così celebrato *non sarà mai ed in nessuna maniera valido.*

Per tornare al diritto canonico, è dunque nella discordanza «teorica» che viene a realizzarsi nel secondo caso considerato tra l'ordinamento canonico e quello creato dal nubente, che risiede l'effetto invalidante della simulazione parziale.

Ma se nel campo teorico la differenza fra esclusione dello ius ed esclusione dell'exercitium iuris è facilmente esemplificabile, questa differenza, tanto importante da essere decisiva ai fini della validità o meno del matrimonio, è, il più delle volte, difficilmente accertabile, se portato sul piano pratico.

Il coniuge non vuole avere figli: è escluso lo ius o l'exercitium iuris?

---

(1) Si veda in Acta Apostolicae Sedis 1951, p. 872 ss. un estratto della sentenza della Rota 23. 2. 1951 contenente importanti e definitive considerazioni sul problema della distinzione tra il «ius» e l'«exercitium iuris».

Il coniuge vuol tradire l'altro coniuge: si tratterà semplicemente di un vizioso o piuttosto di un acuto ragionatore?

Il problema è sempre presente in questi casi: esso è risolto parecchie volte con la presunzione generale, improntata al «favor matrimonii», secondo la quale il nubente intendeva escludere solo l'exercitium iuris.

A scanso di malintesi conviene qui pertanto sottolineare come l'errore o l'ignoranza od una falsa interpretazione dell'istituto matrimoniale canonico non comporta necessariamente l'atto positivo di volontà tendente ad escludere uno dei «tre *bona*», atto che dovrà essere eventualmente constatato volta per volta.

Esaurite le considerazioni generali vediamo ora come sono risolti i relativi casi pratici, e ci occupiamo dapprima di una sentenza concernente un caso di simulazione parziale dovuta ad «intento contra bonum sacramenti».

Questa «intentio» ha per oggetto la indissolubilità del matrimonio, ed i casi di questi genere sono, nella pratica, meno numerosi di quelli concernenti la «intentio contra bonum fidei, o prolis».

Vol. XXIV d. 28-30 giugno 1932.

Il nubente si riserva il diritto di sciogliere il matrimonio qualora venisse «*ingannato nelle sue aspettative*».

Questi casi sono più semplici a decidersi dei casi analoghi di simulazione parziale, infatti (N. 4 dec. cit.) il bonum sacramenti non ammette la distinzione fra l'obbligo ed il suo adempimento, come è invece il caso per quello che riguarda il bonum fidei ed il bonum prolis poichè (S. Tom. S. Theol. Suppl. quaest. 49 art. 3) «indissolubilitas pertinet ad ipsum matrimonium secundum se, quia ex hoc ipso quod per pactionem coniugalem sui potestatem sibi invicem in perpetuum coniuges tradunt: sequitur quod separari non possunt et inde est quod matrimonium nunquam invenitur sine inseparabilitate, invenitur autem sine fide et prole, quia esse res non pendet ab eius usu».

Per la qual cosa bisognerà semplicemente constatare se il nubente ha veramente posto la condizione di dissolubilità, constatata la quale, come nella fattispecie citata il matrimonio è dichiarato senz'altro nullo.

* * *

La «intentio contra bonum fidei» si realizza quando l'esclusione ha per oggetto la fedeltà, e cioè la qualità essenziale dell'«UNITAS». In questo campo sono facilmente reperibili le due posizioni tipiche e diver-

genti date dalla intentio non adimplendi e da quella, purtroppo oggi tutt'altro che rara, «non se obbligandi».

Si veda a questo proposito la d. 4 Vol. XXIV 27 gennaio 1932, nella quale è contemplato il caso del nubente che si sposa con la ferma intenzione di mantenere le relazioni peccaminose con l'amante.

Malgrado questa irremovibile intenzione, malgrado che il bisogno dell'amante sembri al nubente tanto ineluttabile e che in questa ineluttabilità più volte chiaramente manifestata egli sembri fondare una giustificazione al suo modo d'agire, giustificazione che non potrebbe risolversi in altro modo se non in un attacco all'istituto matrimoniale stesso dal quale verrebbe tolto di mezzo il bonum fidei, la decisione presume semplice «intentio non adimplendi» piuttosto che «se non obbligandi» ed è emessa favorevolmente alla validità, con sentenza che lascia adito a qualche prudente e personale riserva.

* * *

Vediamo per finire qualche sentenza concernente casi di simulazione parziale dovuta ad «intentio contra bonum prolis», quella intentio che abbiamo detto essere presente quando ci sia una positiva esclusione di ogni «ius ad coniugalem actum».

Indichiamo dapprima brevemente la d. 53 Vol. XXIII - 20 nov. 1931 nella quale, ferma restante la precisa intenzione dei coniugi di non avere prole, nasce il solito dubbio circa la esclusione dello «ius» e dell'«exercitium iuris», e questo dubbio viene risolto qui secondo la presunzione generale già citata secondo la quale si presumono i contraenti (fino a prova contraria) non escludere lo ius, ma semplicemente voler realizzare un abuso, ed il matrimonio è così considerato valido.

Ben più complessa per il giuoco discodante delle presunzioni, è la d. 34 Vol. XVII - 30 giugno 1925, la cui analisi servirà da ottima ripetizione a quanto è stato esposto in campo puramente teorico. In questo caso i coniugi, determinando prima di sposarsi i mutui diritti e le obbligazioni matrimoniali, decidono, con convenzione reciprocamente accettata, di escludere, per un certo lasso di tempo, ogni diritto reciproco riguardante gli atti coniugali: quindi intentio contra bonum prolis».

Ma questa convenzione sarà diretta contro lo «ius» o semplicemente contro il suo «exercitium»?

Tre sono le presunzioni in giuoco.

Dalla più generale si passa alla più particolare, e sarà questa a decidere.

1) Si ha dapprima la presunzione generale informata al *favor matrimonii*: data la difficoltà di scrutare nella volontà dei due coniugi, nelle loro malvagie intenzioni si vedrà piuttosto la volontà di peccare che può sussistere con il vero consenso, piuttosto che una vera limitazione del consenso stesso.

2) Pertanto questa presunzione sembrerebbe cedere quando questa malvagia volontà è contemplata, come nel nostro caso, nella convenzione pre-matrimoniale, quando cioè si abbia una «deductio in pactum» ed anzi, stando questa convenzione, sembra nascere la presunzione secondo la quale i coniugi intesero limitare il consenso, escludendo la stessa obbligazione.

3) Ma se il patto o la convenzione non è espressa in modo assoluto, e al contrario è limitata da un certo lasso di tempo più o meno lungo, bisognerà allora presumere che i coniugi intesero limitare non l'obbligazione, ma il suo adempimento, essendo nel caso contrario, ben difficile supporre che questo obbligo fosse escluso per un certo tempo ed in seguito quasi rinasca, passata la temporanea limitazione.

E' quest'ultima presunzione che ha il sopravvento ed il matrimonio è quindi, sulla sua scorta, dichiarato valido con sentenza emessa il 30 giugno 1925 e fatta esecutiva, dopo la sentenza del 5 giugno 1928. Altre cause in nullità dovute al «intentio contra bonum prolis» si vedano in: Vol. XIV d. 14 29 aprile 1922. — Vol. XVI d. 14 - 14 marzo 1924. — Vol. XX d. 2 - 16 aprile 1928. — Vol. XX d. 18 - 9 maggio 1928. — Vol. XXII d. 6 - 27 gennaio 1930.

D) *La «conditio de futuro licita» e la copula sopravvenuta.*

Le differenti dottrine e la tesi dominante.

Si ha una «conditio de futuro licita» quando uno dei coniugi od i due coniugi fanno dipendere, al momento della celebrazione del matrimonio, in modo manifesto o no, la validità del matrimonio stesso dal realizzarsi o meno di un evento futuro, incerto, possibile e non antigiuridico.

Questa «conditio» è evidentemente sospensiva, e ciò significa che il matrimonio diventa valido agli effetti completi di esso, solo a partire dal momento in cui la condizione si verifica, o dalla revoca di questa condizione: dato il carattere di indissolubilità del matrimonio, la condizione non può evidentemente avere un effetto risolutivo.

Questo appare chiaro dalla dizione del c. 1092 il quale statuisce che la condizione — «valorem matrimonii suspendit». —

La prima conseguenza di questa condizione è che, essendo il matrimonio appunto «sospeso» i nubenti non possono, durante quel periodo più o meno lungo di attesa, considerarsi a nessun effetto come coniugi.

Ma la natura umana ha le sue debolezze, e dato che gli sposi il più delle volte andranno ad abitare assieme anche se il matrimonio è stato celebrato sotto condizione, ecco presentarsi spesso un problema attorno al quale lungamente si esercitarono schiere di canonisti con risultati raramente concordi e che, malgrado la posizione recentemente acquisita dalla giurisprudenza rotale, e che sembra ormai definitiva oltre che quanto mai soddisfacente, apre ciò malgrado il campo a qualche considerazione.

Il problema, come chiaramente si può intendere dalle premesse, consiste nel determinare il valore della «copula carnalis» sopravvenuta fra i coniugi prima del verificarsi della condizione sospensiva, *agli effetti di una eventuale revoca* e quindi del valore e della validità del matrimonio. Daremo a questo fatto il valore di una «praesumptio iuris et de iure» in favore alla revoca della condizione, e allora basterà la semplice constatazione della avvenuta copula per dedurre la validità del matrimonio a partire da quel momento, o si tratterà invece semplicemente di un «merum factum» che potrà avere diverso valore solo e relativamente all'esame delle circostanze?

Per la prima risposta è la maggior parte della antica dottrina canonista: per questi autori la consumazione del matrimonio prima del verificarsi della condizione costituiva di per se stessa una presunzione «iuris et de iure» in favore della revoca.

Ben diversa è la posizione della dottrina e della giurisprudenza attuale, la quale difende quasi concordemente la seconda risposta, basandosi anzitutto sul fatto che il Codice nulla dice a proposito di questa «praesumtio iuris et de iure» che, se tale veramente fosse, dovrebbe ottenere una menzione nel Codice stesso.

A questo proposito trascriviamo un passaggio della sentenza in Vol. XXIX dec. 2 - 9 gennaio 1937.

« Iure antiquo copula libere posita pendente conditione constituebat praesumtionem iuri et de iure revocationis atque exinde matrimonium omnino validum in foro externo censebatur, sed in iure novo talis praesumptio non habetur. Nam saltem praesumptionem iuris constituat ita distinguendum: praesumptio iure proprie dicta non constituitur, quia ius positivum nihil statuit: praesumptio lato senso non iuridica constituitur. »

Dunque la copula costituirebbe semmai una «praesumptio hominis» più o meno attiva secondo le circostanze. Bisognerà inoltre notare che la «copula libere posita» era considerata una presunzione «iuris et de iure» dal diritto antico sì, ma anche da quello meno antico, se leggiamo, coram Grazioli, 18 maggio 1922, S. R. R. dec. Vol. XIV d. 17 p. 160:

« Contra accidit in aliis, seu in conditionibus de futuro contingenti possibili ac honesto: tunc enim copula ex praesumptione iuris et de iure veluti revocatio interpretatur conditionis appositae, adeo ut matrimonium statim fiat validum Equidem vero nondum verificata conditione, consensus in matrimonium est tantummodo in suspenso, quare uti per conditionis implementu, ita est per recessum ab eadem, prouti in casu copula inter coniuges positas interpretatur determinari potest. »

Come si vede, la discussione sembra ancora abbastanza aperta, anche nello stretto campo della giurisprudenza rotale, solitamente tanto coerente. Non vogliamo dimenticare a questo punto un breve accenno alla tesi del Ferraboschi [1] anche se non possiamo condividerne le conclusioni.

Partendo dal fatto che in generale la esecuzione di una obbligazione costituisce la revoca tacita alla condizione che sia stata apposta, si è voluto trasportare questo principio, generalmente valido, sul piano del diritto matrimoniale canonico e vedere, nel compimento dell'atto coniugale, quasi la esecuzione di quella obbligazione nascente dal matrimonio e quindi una revoca alla condizione sospensiva ad esso apposta.

Al Giacchi (op. cit. p. 157) pare che questa tesi non resista quando si consideri la particolare struttura del matrimonio celebrato sotto condizione che, essendo sospeso, non ha nessun valore come tale e quindi non genera nessuna obbligazione all'infuori di quella per la quale i coniugi dovranno accettare la costituzione del rapporto matrimoniale quando la condizione venga a verificarsi.

Ma esattamente la stessa cosa capita in ogni contratto stipulato sotto condizione sospensiva, quindi questa critica in realtà non fa altro che rafforzare la presunta analogia fra i due tipi di contratti, rafforzando la tesi del Ferraboschi.

In realtà invece *nessuna analogia esiste fra l'esecuzione di una obbligazione nascente da un contratto stipulato sotto condizione sospensiva*, obbligazione che dipende direttamente ed unicamente dal contratto stesso, e che non può venir prestata se non ed unicamente in vista del contratto, del quale forma l'unica ragione di essere, *e la co-*

---

[1] Il matrimonio sotto condizione. Padova 1937 p. 99.

pula la quale, per comune esperienza è purtroppo molte volte realizzata per motivi ed in circostanze assolutamente indipendenti dal contratto matrimoniale, venendo così ad assumere l'importanza di un «merum factum» fornendo, semmai, uno dei tanti esempi della debolezza umana.

Quindi la «copula carnalis» non costituisce di per se stessa nessuna presunzione «iuris» e tanto meno «iuris et de iure»: essa non testimonia la avvenuta revoca alla condizione: tutt'al più sarà un elemento, sia pure importante ed attivo, a questo fine.

Escludendo dunque per la «copula carnalis» un valore di presunzione «iuris», tutto si riduce ancora una volta ad una attenta analisi dell'anima del soggetto e delle circostanze particolari, considerate caso per caso.

Indubbiamente la copula farà sempre nascere una presunzione «hominis», ma il valore di questa presunzione spazierà secondo le circostanze da quella insignificante di «levis» a quello della «violenta hominis praesumptio», che determinerà quasi necessariamente l'animo del giudice: di nessun momento come prova della revoca sarà la copula sopravvenuta prima del verificarsi della condizione se i due coniugi sono notoriamente viziosi e privi di ogni senso morale o, quanto meno, se erano addirittura usi a tali illeciti commerci già prima della celebrazione del matrimonio: mentre ben diversa sarà la portata della copula che intervenne fra i due coniugi entrambi rettissimi di animo e dai costumi notoriamente ineccepibili.

Quindi, dopo aver levato a questo merum factum ogni carattere di presunzione legale, resta al giudice da risolvere i singoli casi, tenendo presente non tanto il fatto della copula, quanto la personalità morale dei coniugi, l'ambiente e le particolari circostanze che la occasionarono.

E) *La teoria della violenza.*

I requisiti del metus.

Il timore reverenziale.

L'importanza delle presunzioni.

La prassi.

Secondo il c. 1087 è invalido quel matrimonio «initum ob vim vel

metum gravem ab extrinseco et iniuste incussum, a quo ut quis se liberet, eligere cogatur matrimonium».

Benchè l'assoluta chiarezza della dizione esentui volontieri da ogni commento, non vogliamo tuttavia entrare in questo capitolo del diritto la cui realizzazione pratica è malauguratamente assai più vasta di quanto non si potrebbe supporre, senza alcune brevi considerazioni sul requisito di «vis et metus». Il metus, affinchè sia rilevante agli effetti della invalidità del matrimonio contratto sotto il suo influsso, deve essere:

1) *grave*: e questo è sicuramente il punto cruciale di tutta la dottrina circa la violenza, e ciò si può facilmente comprendere perchè, quando si è detto che il metus deve essere grave, si è detto tutto a questo proposito, ma si è anche detto ben poco, restando la valutazione di questa gravità un problema sempre aperto.

Non forma campo del nostro studio una indagine, che sarebbe pertanto del massimo interesse, sullo svolgimento e sulla evoluzione del concetto di «gravitas» del metus nella storia del diritto: ci limitiamo alla teoria recente e che sembra ormai definitiva e diremo che il metus, affinchè sia rilevante, deve essere rivestito di una *gravità oggettiva* e deve nello stesso tempo causare una *grave perturbazione nell'animo del soggetto* tanto che (Giacchi op. cit. p. 120) «non si ha vera vis se non suscita metus gravis, e non si ha d'altronde vero metus se esso non proviene da vis gravis».

2) Ab extrinseco incussum.

Quindi deve essere l'opera di una volontà *esterna da quella del soggetto* che la patisce.

Diciamo volontà, perchè una causa naturale il cui timore determini il nubente al matrimonio, non avrà per niente il requisito del metus: diciamo esterna perchè ad esempio il terrore della punizione divina dovuta ad una ingiustizia compiuta dal nubente, alla quale potrebbe riparare col matrimonio, non ha esso pure, per grave che sia, il requisito del metus.

3) Iniuste incussus.

Cioè non si avrà violenza quando la pressione esercitata sul soggetto è in conformità con l'ordinamento giuridico.

Questi i tre punti essenziali.

Un problema che dopo avere lungamente diviso i canonisti è ancora oggi di attualità, consiste nello stabilire se il metus, per essere rilevante ai fini della nullità del matrimonio, debba essere o no «consulto

illatus» cioè proprio esercitato allo scopo preciso di costringere il metus patiens al matrimonio (1).

Basterà qui ricordare come per la giurisprudenza della Rota anteriore al C. J. C. era solo rilevante ai fini della nullità il metus «consulto illatus», mentre in seguito, questa necessità scompariva, così che il c. 1087 non conosce praticamente più nessuna distinzione tra la violenza esercitata allo scopo di estorcere il consenso e quella che, senza essere esercitata a questo scopo, crei nel nubente la persuasione che non se ne possa liberare se non col matrimonio (2).

Questo cambiamento di vedute è facilmente reperibile nella giurisprudenza rotale.

Si vedano infatti le due sentenze del 2 luglio 1918 e del 25 luglio 1928 nelle quali la violenza esercitata «non consulto» non era presa in considerazione come causa di nullità, mentre veniva ammessa come tale il 5 dicembre 1933.

Una figura particolare di vis et metus è data dal cosiddetto «timore reverenziale», che è esso pure una causa di invalidità del matrimonio, e che è caratterizzata dalla posizione particolare di reverenza e di sottomissione, bene spesso dovuta a vincoli di parentela (padre e figlio, zio e nipote) che intercorre fra il «metum incutiens» ed il «metum patiens».

La differenza fra timore reverenziale, concetto particolare, ed il concetto generale di vis ac metus consiste essenzialmente nei seguenti punti:

a) la differenza di gravità fra i mali minacciati che, molte volte nel

---

(1) Su questa questione si vedano le due tesi contrastanti in: P. Fedele: Metus ab extrinseco iniuste incussus consulto illatus, in «Il diritto ecclesiastico» 1935 p. 152 seg. e in P. A. D'Avaek, Sul metus consultus nel codex iuris canonici, estr. da «Studi in onore di E. Besta», Milano 1938 p. 11 segg.

(2) Data l'importanza del concetto introdotto dal c. 1087, ci pare utile riportare integralmente le considerazioni fatte dal Gasparri sul concetto stesso, nonchè sui lavori preparatori che ne furono alla base. (Gasparri, op. cit. No. 856):

«Antiquo iure gravis erat hac de re controversia. Gravissimi enim AA putabant metum gravem ... non irritare matrimonium, nisi esset directus ad extorquendum consensum matrimonialem, sed alii non minus graves DD id negabant, inter quos Schmalz, lib. IV disp. I n. 398 sep. et De Lugo, De inst. et iur. disp. XXII n. 175 seq. Ut legitur in actis praeparatoriis ad Codicem, examini Consultorum propositus fuerat canon primae sententiae favens: § 1) Nullum quoque est matrimonium inititum ob metum gravem ab extorquendum consensum matrimonialem.

Praeses Commissionis recoluit gravem, quae in subiecta materia aderat, controversiam inter canonistas: et P. Plamieri proposuit ut formula quae in suo voto erat quaeque utramque sententiam comprehendit, acceptaretur: Metus debet esse ab extrinseco, iniuste incussus, a quo ut quis se liberet, eligere cogatur matrimonium, quae reipsa acceptata fuit.

Hinc iure Codicis nullum est matrimonium tum si metus gravis sit directe incussus ed extorquendum consensum matrimonialem, tum si ad hoc non sit directe incussus, sed pars persuasum habeat se ab liberare non posse, nisi matrimonium contrahat».

caso di timore reverenziale, può essere semplicemente la «indignatio parentis».

b) Il legame morale ed affettivo che deve intercorrere fra il «metum incutiens» ed il «metum patiens».

Se infatti il padre minaccia di diseredare il figlio qualora non sposi una certa ragazza e, passando a vie di fatto, lo percuote a sangue, avremo eventualmente un semplice caso di vis ac metus; e non si potrà mai invocare il timore reverenziale, specialmente se si constaterà che il figlio è sempre stato ostile ed indipendente dal padre, e che, dopo l'alterco, si è allontanato da casa dichiarando di rinunciare alle ricchezze paterne.

Mentre si ha timore reverenziale quando la madre educatamente fa intendere alla figlia docile ed affezionatissima, quale profondo dolore cagionerebbe al suo vecchio cuore il mancato matrimonio col giovane X, per il quale la figlia stessa non prova nessun affetto, amando anzi al contrario il giovane Y, ma che sposa ugualmente, convinta che, facendo diversamente, infliggerebbe un colpo mortale alla vecchia madre [1].

I casi di matrimoni contratti sotto l'influsso della violenza, sia essa semplice o si tratti piuttosto di timore reverenziale sono, malauguratamente, assai più numerosi di quanto non si potrebbe credere.

Data la segretezza con la quale viene generalmente incussa la violenza, che il più delle volte è inferta fra le pareti domestiche, le prove dirette di essa, specialmente quando dal matrimonio così celebrato siano passati molti anni, sono rare e difficili ad aversi.

Ecco perchè in questo campo le presunzioni hanno una larghissima applicazione, e se alcune sembrano non avere un eccessivo valore nella determinazione della certezza nel giudice, altre invece sono così suggestive e pressanti da non lasciare sussistere l'ombra di un dubbio.

Di queste presunzioni, che ricorrono generalmente in casi simili, è possibile fare quasi uno schema che resti per così dire invariato nelle diverse fattispecie, e si può dire che alcune di queste presunzioni hanno un valore tanto forte che non solo sono sufficienti a provare il metus, ma sono indispensabili, tanto che la loro mancanza rende quanto mai precaria la prova del metus inferto.

Cedendo per una volta ad un desiderio di statistica diamo, in

---

(1) Occorre a questo punto precisare come al caso del «metus reverentialis» non torna applicabile il metus «non consulto illatus»; in altri termini, la pressione esercitata dai parenti sull'animo del nubente deve mirare precisamente ad ottenere il matrimonio, e solo a queste condizioni il matrimonio così contratto sarà invalido.

E' questa una particolarità del concetto di «metus reverentialis» derivante dalla sua stessa natura così specifica e sottile.

Si confronti a questo proposito Rota Dec. 5-12-33 p. 609 No. 4.

base all'analisi delle sentenze esaminate a questo proposito, un elenco delle presunzioni che generalmente intervengono in casi simili, partendo da quelle il più delle volte presenti.

Fanno quindi presumere la violenza incussa [1]:

A) La costante e perpetua avversione del coniuge violentato nei confronti dell'altro coniuge.

B) L'amore dimostrato verso un'altra persona.

C) Il comportamento triste del metum patiens prima, durante e dopo la celebrazione delle nozze ed, in particolare, le lacrime durante la funzione [2].

D) Il carattere notoriamente imperativo e violento del genitore e docile del figlio sul quale è stata incussa la violenza.

E) La fuga del metum patiens prima o dopo le nozze.

F) I numerosi dissidi fra i coniugi.

G) La differenza di educazione e di carattere fra i coniugi.

H) La forma violenta con la quale la sposa venne obbligata ai doveri matrimoniali.

I) La causa agendi che mosse il padre a violentare il figlio (generalmente ragioni di indole economica).

Queste le presunzioni «hominis» che generalmente intervengono: dal loro intreccio, dalla loro somma il giudice deciderà secondo il suo libero arbitrio. Naturalmente è impossibile che in un sol caso tutte queste presunzioni si trovino presenti, o comunque è ben raro in realtà: ma queste presunzioni si trovano disseminate nelle decisioni di cause in nullità per vis ac metus, e sarà interessante l'analisi di alcuni casi tra i più caratteristici.

Vol. XXVII d. I - 2 gennaio 1935

A) L'avversione della sposa nei confronti dello sposo: «Ida, alla richiesta del signor Paolo stonò (sic) ... fin dal principio si mostrò contraria ... assolutamente non voleva ... i sentimenti di Ida verso il signor Paolo erano avversi ... appariva sempre triste e si allietava nel tempo in cui il Paolo si allontanava ... eccetera.

---

[1] Fa d'uopo notare come queste circostanze siano ben lungi dall'avere un valore assoluto di presunzione ma valgano solo se agenti cumulativamente, e sopra tutto, sempre tenendo conto del caso particolare al quale si riferiscono.

[2] A questo proposito il Cosci (De separatione to ri 1. I c. 7 n. 54) «Ex parte mulierus dicitur probatus metus per testes, si deponant de ipsius lacrimis et querelis, tam precedentibus matrimonium, quam ipsius celebrationis, actum comitantibus, et pariter de lacrimis, lamentationibus, aversione, protestationibus, tristitia et pallore matrimonium subsequentibus».

B) L'amore, ricambiato, della nubente verso altro giovane, testimoniato da testi e lettere.

C) Il carattere imperioso della madre e docilissimo della figlia: « Di carattere molto imperioso, autoritario (la madre) non permetteva assolutamente che i suoi figli facessero la loro volontà: anche il marito doveva stare soggetto ... »

D) Le lacrime e la disperazione della sposa nel tempo anteriore e posteriore al matrimonio.

Il matrimonio in questione è quindi evidentemente contaminato da timore reverenziale, e questo è anzi un caso dei più tipici, e la sentenza in favore della nullità pienamente convince.

Vol. XXVIII d. 49 - 9 luglio 1936

Anche in questo caso di vis ac metus numerose sono le circostanze che fanno presumere la violenza:

A) L'avversione della sposa nei confronti dello sposo, avversione che durò anche dopo il matrimonio.

B) Le abbondanti lacrime versate dalla sposa nel giorno delle nozze.

C) L' indole docile ed obbediente della sposa.

D) I numerosi dissidi e l'agitata vita coniugale.

Queste presunzioni, di natura già abbastanza violenta, sono poi confermate da prove dirette della violenza esercitata dal padre sotto forma di imposizioni e percosse, ed il matrimonio è quindi egualmente dichiarato nullo per volontà viziata.

Quando, parlando degli indizi, abbiamo citato alcune presunzioni tolte dal Menochio, riguardanti possibili casi di violenza inferta al nubente, a taluno tali presunzioni saranno sicuramente sembrate per lo meno anacronistiche e prive di qualsiasi valore attuale; ma ci si potrà facilmente ricredere a questo proposito leggendo la d. 58 Vol. XXIX nella quale, mutatis mutandis, si trovano esattamente riprodotti alcuni indizi già tanto tempo prima intravvisti dal Menochio, e descritti in modo altrettanto suggestivi: non mancano infatti gli uomini armati, i rumori ed i clamori sospettissimi provenienti dalla casa della sposa all'alba del giorno nuziale, le lacrime ed i tremori della sposa la quale, fuggita da casa alcuni giorni prima delle nozze, fu riacciuffata dai fratelli che «cum browning ad domum eam reduxerunt ...».

Abbiamo detto a suo tempo che alcune delle presunzioni citate sono tanto importanti da creare non solo la sicurezza del metus inferto quando siano presenti, ma anche da rendere quanto mai precaria questa prova quando manchino, ciò che viene ad esempio a verificarsi nella sentenza

in Vol. XXII d. 4 - 14 gennaio 1930: si può dire che la sola mancanza di certe presunzioni formi una presunzione ad esse contraria.

Infatti nella citata sentenza manca:

1) L'avversione della sposa nei riguardi dello sposo;
2) L'amore verso una terza persona, il più delle volte presente in simili casi;
3) Le lacrime della sposa nel giorno delle nozze perchè, al contrario, «sponsa in die nuptiarum felicem apparuit».

Quindi la prova del vis ac metus è resa alquanto precaria e, nella fattispecie, non è abbastanza forte, tanto che il matrimonio è dichiarato valido senza esitazioni.

F) *Il canone 1082 § 1.*

La conoscenza dei doveri matrimoniali e le diverse opinioni a questo proposito.

Le opinioni rotali.

Il canone 1082 § 2.

La prassi.

Affinchè il consenso matrimoniale espresso dai coniugi sia valido agli effetti del matrimonio stesso occorre, fra l'altro, che i coniugi «saltem non ignorent matrimonium esse societatem permanentem inter virum et mulierem ad filios procreandos».

I futuri coniugi, dunque, per validamente contrarre devono, come ci dice il c. 1082 § 1, essere in possesso di alcune cognizioni, specialmente per quello che riguarda i doveri matrimoniali: ma quale sia la portata, quale sia il minimo necessario di queste cognizioni, è un problema sempre aperto ed attuale, nella soluzione del quale la stessa giurisprudenza rotale, solitamente nitida e coerente, sembra talvolta esitante e ancora in via di determinazione.

Prima di passare ad un sia pur rapido esame della giurisprudenza rotale esponiamo brevemente, come punto di partenza o come limite fra i quali oscilleranno le altre opinioni, i due più opposti modi di intendere la portata di questa non meglio determinata «necessaria cognizione».

Per alcuni tale cognizione, ridotta ai minimi termini, consisterebbe nel mero fatto [1] di conoscere che al matrimonio consegue la prole, senza nemmeno dubitare di come questo avvenga e neppure della necessità di un contatto fra l'uomo e la donna.

Ma le leggi hanno, generalmente, un valore pratico più che teorico e non vengono promulgate per un puro esercizio accademico, ciò che sarebbe il caso se il significato da darsi alla cognizione necessaria espresso dal c. 1082 fosse quello ora suggerito e, basandoci su questa prima ed ovvia considerazione, scartiamo senza esitazione questa interpretazione.

Già più vicina al vero, sebbene pecchi nel senso opposto, sembra la tesi contraria [2] secondo la quale tale cognizione minima consisterebbe nel sapere con buona approssimazione tecnica, se non medica, non solo che dal matrimonio consegue la prole ma, e soprattutto, il modo con cui si giunge alla procreazione di essa; e questa tesi pare già più ragionevole dell'altra, in quanto è un dato di fatto che la maggior parte degli uomini e delle donne che si sposano, conoscono se non altro, proprio questo lato del matrimonio, specialmente ai nostri giorni in cui i problemi del sesso sono trattati con una naturalezza ed una facilità a dir poco sconcertanti.

Fra questi due punti di vista si muove, con oscillazioni più o meno vaste, la giurisprudenza rotale, della quale vogliamo dare qualche saggio.

Vol. II. d. 12 - 17 marzo 1910

In questa decisione gli Uditori, dopo avere genericamente affermato che «Generalis notio circa matrimonialia munera per se sufficiens ad matrimonium validum contrahendum est» si ritirano per così dire dalla discussione dando prudentemente la parola al Gasparri prima ed al Rosset ed al La Croix poi, dei quali riportiamo le opinioni.

Dice il Gasparri:

« Quod si puella nubens scit e. g. matrimonium esse societatem cum viro qui ex uxore filios procreat, et in hanc societatem ad filios procreandos consensit, sed nescit filios haberi per copulam carnalem, immo hanc copulam prorsus ignorat, est casus ignorantiae quae non excludit matrimonialem consensum et coniugi valorem *cum puella, consentiens in societatem ad filiorum procreationem implicite consensuerit in ipsum ius coeundi* ».

Dunque essenziale per il Gasparri sarebbe:

---

(1) La Croix Theol. mor. lb. 6 tract. 6 de matr. No. 556.

(2) V. Giacchi, op. cit., p. 58.

1) La conoscenza del mero fatto che dal matrimonio nascano figli: questa condizione si avvicina alla prima tesi citata, a quella cioè per la quale basta la mera conoscenza del fatto che dal matrimonio segue la prole ed è, per i motivi sopra esposti, assai discutibile.

2) Il consentimento a questa realtà, che pertanto ignora, quanto al modo in cui avviene, poichè questo consentimento generico sarebbe, implicitamente, un consentimento al «ius coeundi».

Ma a studiare attentamente questa seconda condizione appare chiaro come essa *esca dal problema*, considerando e riferendosi più alla mancanza di «*intentio contra bonum prolis*» piuttosto che a «*l'error iuris circa matrimonium*»: *infatti una cosa è acconsentire ad una cosa ed un'altra ben diversa è sapere in cosa essa consista.*

Per il Rosset:

« Sufficit ad valore contractus matrimonii, ut contrahens noscat consortuim individae vitae per matrimonium instituendum, atque modo confuse apprehendat illud consortium esse institutum ad filios generandos ».

Qui il contraente non ha nemmeno bisogno di sapere con certezza che tipico del matrimonio è l'avere figli, bastando che lo sappia «modo confuso», e chi è quel mortale che si sposerà senza neppure lontanamente sospettare questa realtà che è di tutte le realtà umane la più bella e la più consolante?

In pieno contrasto con la più recente giurisprudenza il

La Croix (vedi infatti Vol. XXVII d. 16 - 14 marzo 1935) reputa che «si virgo putavit commixtionem corporum non esse necessariam ad generandam prolem, valide contraxit, quia habuit generalem intentionem facendi quod alii contrahentes faciunt».

Anche qui come nel parere del Gasparri c'è un deviamento evidentissimo nel campo «della intentio contra bonum prolis», deviamento che non è fatto certamente per rischiarare le idee.

Infatti la «virgo» avrà le carte perfettamente in regola per quello che riguarda le oneste intenzioni di avere prole, ma se nella sua ingenuità reputasse che anche per gli altri contraenti, che è ben d'accordo di imitare, l'unica cosa richiesta per avere prole fosse ad esempio una pratica religiosa la quale non tocchi in nessun modo la integrità del suo corpo, forse che non avremmo, malgrado il generico consenso ai figli, un caso di «error iuris» capace di invalidare il matrimonio così contratto?

Nel Vol. XVIII d. 2 - 20 gennaio 1926 si fa invece notare «necesse

esse non quod coniuges modum sciant quo filii procreantur, dummodo cognoscant hosce mutua eorum opera generari».

E' qui presente il concetto di una mutua cooperazione, e se per questa mutua cooperazione si intende qualchecosa di peculiare all'istituto matrimoniale e che consiste nella cessione, sia pure vagamente avvertita, del proprio corpo all'altro coniuge siamo già, a parer nostro, vicinissimi ad una soddisfacente soluzione del problema.

Il concetto della mutua cooperazione, completato e chiarito nei dovuti modi, è ripreso nella sentenza coram Wynen Vol. XXVII d. 16 della quale citiamo il passo topico:

« Oportet ut contrahentes sciant ad obtinendum finem matrimonii requiri qualemcumque cooperationem coniugum, sed omnis homo normalis qui habet usum rationis, necessario intellegit cooperationem coniugum respicere non posse animam invisibilem sed corpus visibile. Porro falsa apprehensio modi generationis non irritat matrimonium. Quare valide contrahunt qui putant filios generari per oscula vel amplexus coniugum, vel quocumque alio modo incerto ».

Quindi il nucleo del problema consiste nel fatto che i futuri coniugi abbiano avvertito, almeno confusamente, il dovere della cessione del loro corpo secondo un certo modo che, anche se completamente ignorato, è però peculiare dell'istituto matrimoniale ed è atto alla generazione della prole. E questa è la dottrina che pare la migliore, anche per la sua posizione quasi intermediaria fra le numerose tesi emesse a questo proposito.

Qualunque sia la precisa portata di questo minimo di conoscenza necessaria, sulla quale abbiamo visto puntarsi tante e svariate teorie, essa è, grazie al c. 1082 [1], sempre presunta dopo la pubertà, e poche presunzioni sembrano convincere al pari di questa poichè, a prescindere da certe dilaganti tendenze moderne che si prefiggono di «far luce» il più presto possibile sui problemi sessuali, vi sono cose che, come dicevano i Romani nella loro saggezza «omnes animantes natura docet».

Pertanto, data la sua stessa natura di «praesumptio iuris» essa può venir combattuta da valide ragioni contrarie, e tralasciando i casi in cui questo non è avvenuto, che sono i più numerosi data la difficoltà della prova contraria, ci limitiamo a considerare due fra i casi più rari in cui le prove contrarie hanno avuto il sopravvento causando in questo modo la nullità del matrimonio.

---

[1] C. 1082 «Ut matrimonialis consensus haberi possit, necesse est ut contrahentes saltem non ignorent matrimonium esse societatem premanentem inter virum et mulcerem ad filios procreandos».

§ 2 — Haec ignorantia post pubertatem non praesumitur.

Benchè in questa decisione il c. 1082 § 2 venga sovente citato, primo, per invocare la presunzione in favore della conoscenza dei doveri matrimoniali, che si presume avere dopo una certa età e, in un secondo luogo, per avvertire giustamente che trattandosi di una semplice presunzione «iuris» essa può essere distrutta dalle prove contrarie che nella fattispecie sono numerose e quanto mai concludenti, a noi pare che nel caso considerato la presunzione del § 2 non si trovi perfettamente al suo posto e che anzi sposti il problema da quello che ne dovrebbe essere il nucleo, complicandolo inutilmente.

Infatti a parer nostro la presunzione del § 2 fa, essenzialmente, una questione di età, ed agisce nell'ambito delle persone normali: debole agli inizi, se applicata cioè al giovane appena giunto alle soglie della pubertà, essa si rafforza sempre più aumentando l'età del soggetto: cresce per così dire in modo proporzionale al passare degli anni tanto che, già solidissima se applicata alle spalle di uno scapolo trentenne, diventerà addirittura praticamente inattaccabile se poggerà sulle spalle di un maturo cinquantenne che non potrà mai convincere il giudice della propria ingenuità su certi problemi, tanto che si può dire che questa presunzione aumenti di portata con la parabola della vita.

Ma si può forse dire la stessa cosa riguardo al soggetto della decisione citata?

Si tratta in questo caso, secondo le numerosissime e concordi testimonianze, semplicemente di un povero minorato che non sapeva contare fino al dieci e non distingueva il mio dal tuo, e tralasciamo per amore di brevità altri particolari, che sono pertanto esposti in modo tanto suggestivo ed arguto da sembrare quasi in contrasto con l'austerità del testo: quindi la giovane età nella quale lo sposo contrasse il matrimonio non ha nessuna importanza o per lo meno, non forma il centro della questione essendo eventualmente solo un particolare aggravante, e inutilmente si disputerà se a quel tempo era già in possesso dei requisiti e delle cognizioni indispensabili per contrarre validamente, per il semplice fatto che queste cognizioni non le ha mai avute, e nemmeno gli sono spuntate con lo scorrere degli anni, e quindi il matrimonio sarebbe stato con la stessa grande facilità dichiarato nullo anche se lo sposo avesse avuto, al momento della celebrazione delle nozze, la più venerabile età, e questo senza causare la minima scalfittura alla presunzione del § 2 che, come tutte le leggi di carattere generale, va applicata alle persone normali e non ai deficienti.

Quindi, benchè l'appello alla presunzione in parola sia di rigore in questi casi, non si può dire, per le ragioni addotte, che essa presun-

zione trovi qui la sua applicazione più tipica e normale ciò che, in un certo qual modo, sembra lasciarne intatto il prestigio.

Alla stessa conclusione si viene dall'analisi della decisione in Vol. XV d. 14 - 20 giugno 1923. Si tratta qui di un caso molto simile a quello testè citato, essendo questa volta non lo sposo ma la sposa, unitasi in matrimonio in giovane età priva di quel minimo di discernimento necessario per contrarre validamente: ma anche in questo caso non era affatto la giovane età la *causa prima* della mancanza, bensì lo stato mentale della sposa che costituiva un ostacolo insormontabile alla celebrazione del matrimonio: se essa si fosse sposata dieci anni più tardi il matrimonio sarebbe ugualmente stato invalido per «dementia» della sposa e, come in tutti i casi simili di dementia o amentia, la sentenza sarebbe stata emessa senza nessun nemmeno lontano accenno alla presunzione del § 2.

Nei due casi ora considerati ci pare che i giudici si siano lasciati sviare da una circostanza del tutto contingente ed occasionale, cioè dalla giovane età del nubente, appellandosi quindi ad una presunzione che invece non avrebbero presa in considerazione se l'età dei nubenti fosse stata maggiore, come capita infatti nei casi di matrimonii dichiarati nulli, ad esempio per «dementia» di uno degli sposi, ciò che conferma quanto detto circa la forza e l'integrità della presunzione in giuoco, che esce anche da questo caso indenne.

In realtà questa presunzione correttamente applicata sta a significare che nelle persone normali passata una certa età date cognizioni sono il più delle volte presenti, almeno nel loro minimo necessario, e questa presunzione aumenta di vigore con l'età del soggetto tanto che, nella quasi totalità dei casi in cui essa è correttamente applicata, rende così difficile da escludere quasi la prova contraria, e questa sua grandissima forza che, come dicemmo, tanto bene risponde ad ogni esigenza pratica e razionale, è continuamente riconfermata dalle decisioni «provaliditate» quasi costantemente emesse dalla giurisprudenza rotale nelle cause di questo genere.

G) *La «dementia» e i «lucida intervalla»*

La presunzione «Dementia praesumitur medio tempore durasse stante probatione extremorum»

Leggiamo il Decr. Greg. IX. Lib. Iv Tit. I. cap. XXIV:

« Cum autem eadem mulier cum ipso viro continuo furore laborat

morari non posset et propter alienationem furoris legitimus non potuerit intervenire consensus, mandamus quatenus, si rem noveris ita esse, praefatas cures ab invicem separari ».

Questa dottrina è applicata nella giurisprudenza non solo per quello che riguarda coloro i quali «continuo furore laborant» ma anche nei confronti dei «dementes» i quali, non essendo capaci di dare un consenso deliberato, non possono contrarre validamente il matrimonio, così come del resto ogni altro contratto.

Dunque, quando lo stato di dementia affligge il nubente nel tempo della celebrazione del matrimonio, e questa dementia è provata e constatata, il matrimonio così contratto risulta invalido per mancanza di consenso dovuto appunto a «dementia».

Ma il problema che si pone a questo punto è un altro, e trova le sue origini nelle svariate forme in cui può manifestarsi questo stato patologico della psiche umana che talvolta, pur essendo profondamente radicato, lascia il malato per periodi più o meno lunghi in uno stato di relativa tranquillità e di apparente ed approssimativa normalità.

Ora, un matrimonio celebrato in questo periodo di tregua sarà valido o sarà invece da considerarsi invalido «ob capite dementiae?».

Essendo la dementia (presa in tutte le sue forme più o meno analoghe) uno stato patologico della psiche, l'ultima parola in questo campo dovrebbe essere data dalle scienze mediche, e questa verità è bene avvertita e sapientemente applicata dalla giurisprudenza nella grande maggioranza dei casi di questo genere, infatti (Vol. XXVI d. 83 - 3 nov. 1934) «utrum in concreto aliquis fuerit necne mentecaptus vel, ut clarius, sui compos, tum cum matrimonium celebravit, a peritis in arte seu a psychiatris statuendum est, eorumque iudicio est standum, *dummodo limites sue* scientiae haud sunt transgressi» [1] e, Vol. I. d. 10 - 10 luglio 1909, No. 5:

« Peritis in arte plena fides adhibenda ... quando liquet ipsos morum honestate et doctrina sana pollere ».

Può però ben capitare che, trattandosi di un caso particolarmente complesso il giudizio della scienza sia dubbio o, addirittura, che i periti emettano dei giudizi talmente opposti che, eludendosi a vicenda lascino il campo aperto ad ogni supposizione.

---

[1] Notiamo come la perizia in generale non abbia un valore assoluto; varrà infatti solo in quanto generi nel giudice la certezza morale indispensabile e, se così non è, il giudice può, rifiutandola, non attenersi ad essa, purchè giustifichi il suo modo di agire.

Dice infatti il c. 1804 § 1:

Iudex non peritorum tantum conclusiones etsi concordes, sed cetera quoque causae adiuncta attente perpendat.

Come si comporterà il giudice in un caso simile? Farà evidentemente ricorso ad una presunzione, ma questa volta non a quella generale «in dubio standum est pro valore matrimonii» bensì ad una particolare e contraria che, ormai consacrata dalla dottrina e dalla giurisprudenza suona «Dementia praesumitur medio tempore durasse, stante probatione extremorum (v. d. 267 n. 7 p. 8: d. 8 n. 12 p. 13 inter Recentiores (1).

A questo proposito il Sanchez (2): « In dubio praesumitur temporere furoris gestum esse. Et ratio est quia cum furoris morbus suapte natura perpetuus, insanabilis et desperatus sit, praesumitur durare omni tempore, et illa dilucida intervalla sunt per accidens, ideoque minime praesumitur ».

Dunque, nel caso tipico, i medici hanno constatata la dementia nel tempo immediatamente precedente e susseguente al tempo della celebrazione del matrimonio: benchè in quel breve periodo intermedio nel quale le nozze vennero celebrate il malato fosse apparentemente calmo e cosciente, la «dementia» si presume continua ed il matrimonio sarà invalido per questo capo.

La presunzione così applicata convince pienamente della sua bontà.

Ma è troppo chiaro che questa presunzione avrà un valore solo se applicata in conformità a certe regole ed esigenze della logica oltre che della medicina: così i due periodi precedenti e susseguenti il matrimonio nei quali la dementia venne constatata devono essere cronologicamente vicini per fare giustamente presumere quella continuità dello stato morboso che sembra momentaneamente spezzata: tanto che assurdo sarebbe il volere invocare questa presunzione contro un matrimonio contratto da una persona la quale, dopo essere stata internata in una casa di cura negli anni giovanili, è rilasciata in seguito a miglioramento della sua salute nervosa, si sposa a trent'anni e a cinquanta ritorna improvvisamente a dare evidenti segni di pazzia, dopo vent'anni di vita coniugale relativamente calma e tranquilla: e casi simili, si noti, sono nella pratica assai meno infrequenti di quanto non si potrebbe supporre.

Troviamo un esempio di applicazione di questa presunzione in Vol. XXIX d. 18 - 13 marzo 1937.

Il fidanzato era stato ricoverato in una casa prima delle nozze perchè affetto da demenza precoce: rilasciato in seguito ad un certo miglioramento si fidanzava e si sposava.

---

(1) Particolareggiate notizie sulla «collectio recentiorum» collezione contenente le dec. emesse dal 1558 al 1683 si ved. in S. R. R. dec. Vol. I. pag. L seg.

(2) L. I. de spons. disp. VIII n. 17, Cordoba 1607.

Durante il periodo delle nozze si dimostrava tranquillo e cosciente, e questo stato di normalità (apparente?) testimoniato da un medico curante, dai familiari e dalla sposa stessa durava qualche mese fin che lo sposo ritornava a delirare tanto che, per finire, doveva essere nuovamente rinchiuso in una casa di cura.

Il matrimonio è, sulla scorta della presunzione «dementia praesumitur medio tempore durasse stante probatione extremorum» dichiarato nullo, ed una attenta considerazione dei fatti ci convince della bontà di questa decisione.

CAPITOLO SECONDO

LE PRESUNZIONI NELLE CAUSE IN NULLITA' DOVUTE A UN IMPEDIMENTO DIRIMENTE

A) *Crimen, parentela illegittima ed il problema della copula.*

La difficoltà della prova.

La prassi.

Non forma oggetto del nostro studio una estesa considerazione sugli impedimenti dirimenti come tali nascenti da crimen e parentela illegittima: a noi interessa piuttosto l'esame dell'atto, la copula, che determina questi impedimenti o, per essere più precisi, l'esame del modo e dei mezzi messi a disposizione del giudice per aiutarlo nella risoluzione di un problema che, nei casi pratici è il più delle volte assai arduo e delicato.

Le difficoltà sono palesi e su di esse si dilunga la giurisprudenza rotale, ogni qual volta si presenti un caso simile, con considerazioni quasi concordi.

Infatti, si tratti di crimen o di parentela illegittima il problema ridotto al minimo termine identificante consiste nei due casi nello stabilire l'esatta natura del «commercio» sospetto avvenuto fra un uomo ed una donna che si frequentano secondo certi modi ed in determinate circostanze o, per usare termini più precisi, si tratta di stabilire se fra questi due individui si sia realizzata quella «copula perfecta» necessaria per far nascere gli impedimenti in questione quando, almeno nella maggior parte dei casi, le testimonianze fanno fede solo ed al massimo degli atti preparatori, senza che quasi mai si abbia la prova diretta del fatto dubbio.

Abbiamo detto che le considerazioni della giurisprudenza attorno a questo punto sono «quasi» concordi, e questa limitazione sta ad indicare una leggera evoluzione che ci pare di avvertire scorrendo in ordine cronologico le decisioni a questo proposito, e che si realizza in una dimi-

nuzione delle difficoltà, originariamente assai gravi, erette contro la prova della copula.

Vedremo in seguito se questa affermazione è fondata, in un breve esame della relativa giurisprudenza. Nella introduzione a questo studio abbiamo fatto notare come malauguratamente il giudice venga ogni tanto a trovarsi, in casi particolarmente ardui, nella quasi impossibilità di rispondere in un modo piuttosto che in un altro, o per l'esiguità delle prove addotte o per la discordanza di esse, ed a questo punto abbiamo messo in luce l'importanza integrativa delle presunzioni che sembrano talvolta addirittura l'estremo rimedio al quale dovrà ricorrere il giudice nel dubbio, per raggiungere quella certezza morale che pertanto in alcuni casi particolari pare persino realizzata in modo leggermente artificioso.

Quella copula dunque che si tratterà di constatare è, per la sua natura illecita e rischiosa, consumata generalmente nel più segreto e prudente dei modi, la qual cosa crea il nucleo delle difficoltà.

Dopo avere ampiamente constatato questa difficoltà quasi sempre presente, la giurisprudenza afferra con singolare crudezza e vigore lo scabroso problema, ed il primo risultato di questo coraggioso modo di agire che, come abbiamo fatto notare, si delinea sempre più deciso con lo scorrere delle sentenze, è che esso ci mostra il problema stesso, ad un secondo esame, assai meno complicato ed intricato di quanto non potrebbe parere dalle premesse.

E' ben vero che (Vol. XV d. 27 - 10 agosto 1923 N. 3):

« Affinitas ex copula illecita probatu *difficillima est* cum factum carnalis copulae evincendum sit, quae ordinario lucem fugit, et nonnisi clam in locis secretis et latebris ad hoc commodis horisque electis consummatur » (1).

E' altrettanto vero che il matrimonio cristiano gode del favor iuris, il quale consiste nel fatto che il matrimonio, una volta celebrato sia sempre da essere tenuto per valido fintanto che la sua invalidità non sia provata in modo irrefutabile e, ad esempio, a questo proposito non saranno rilevanti nè la unisona confessione di una parte e nemmeno la testimonianza di testi non superiori ad ogni sospetto: tuttavia la «copula carnalis» può essere in molti casi riconosciuta dal giudice

(1) Il passo citato riguarda un caso di affinitas ex copula illicita, impedimento che non esiste più a partire dalla codificazione del C. J. C.: ma il problema in esso agitato è sempre lo stesso, e consiste nella determinazione della copula, quindi le considerazioni a questo proposito sono di valore sempre attuale, anche perchè le cause di nullità per affinità «ex copula illicita» non si possono escludere «a priori», benchè siano trascorsi già trentacinque anni dall'entrata in vigore del Codice canonico.

mediante l'ausilio di presunzioni relativamente leggere purchè numerose, concordanti e formanti cumulo.

Sovente infatti è richiamata la regola nota «singula, quae non possunt, unita iuvant» e l'esame dei casi pratici dimostra come la difficoltà apparentemente assai ardua della determinazione della copula è, in non pochi casi, superata con l'ausilio di presunzioni meno che violente.

Infatti (Vol. XIX d. 2 - 19 gennaio 1927 No. 3):

« Difficultate non caret probatio affinitatis copula fornicaria orta.

Sed difficultas non est exaggeranda.

Requiritur enim, at simul sufficit, ut complexus omnium adductarum probationum moralem certitudinem de habita copula in iudice gignere valeat ».

Si tratterà dunque o di presunzioni violente le quali «violenter trahunt mentem iudicis ad credendum», ma può ben trattarsi anche di presunzioni relativamente leggere, purchè numerose, concordanti e formanti cumulo, come è già stato detto.

E quali saranno allora le presunzioni in favore della copula?

La più antica, la più violenta e di conseguenza la meno frequentemente realizzantesi, è la presunzione che troviamo in Decret. Greg. IX L. 11 tit. XXIII cap. XII la quale ci insegna che nella fattispecie può esistere una violenta presunzione in favore della copula e come tale sufficiente a determinare la decisione del giudice, quando si trovi alcuno «solus cum sola, nudus cum nuda, in eodem lecto iacens».

Ma ben raramente le cose arrivano a questo punto, e gli indizi si fermano di solito molto prima.

Diamo a questo punto la parola Reiffenstuel (L. V. tit. 16 § 1 seg.) il quale sulle orme del Sanchez (1) del Mascardus (2) e del Menochio (3) enumera, togliendo dalla numerosa schiera di presunzioni doviziosamente esposte dai citati Autori, alcune fra le più frequenti presunzioni che, pur essendo considerate relativamente all'adulterio si possono generalizzare ed applicare al problema della copula.

N. 33. — « Secunda est, si qui de Adulterio accusati, se defendunt profextatu consanguinitatis inter eos vigentis, et tamen postea alterius coniuge mortuo Matrimonium inter se contrahant. »

N. 34. — « Si quis de Adulterio suspectus a Marito coram tribus testi-

(1) L. 10 de Matr. Disp. 12 n. 41.

(2) De probat. Conclus. 5 seg.

(3) De praes. L. 5 § 41.

bus fide dignis in scriptis ter fuit adminitus, ne cum uxore talis Mariti amplius conversationem habeat, et tamen postea adhuc cum ea in loco ad Adulterium apto deprehendatur, adulterii reus presumitur. »

N. 36. — « Ulterius Adulterium praesumitur, si uxor inscio, et invito viro clam accedat ad domum viri suspecti ibique pernoctet. »

Prudentemente e giustamente è notato al No. 37 come «verum licet istae recensitae praesumptones magnae sint, tamen sine aliis adminiculis ad infligendam poneam ordinariam sufficere non videntur ».

Quindi ogni presunzione avrà un valore caso per caso. Il semplice fatto di rinchiudersi in una camera per un certo tempo costituisce di per se stesso una presunzione sufficiente?

Sembra di sì, almeno in certi casi «particolari», come leggiamo in Vol. IV d. 7 - 1912:

« Et non longe a veritate abesse asseruit qui copulae praesumptionem pariter militare extimat, si solus cum sola in eodem cubicolo clauso per aliquod extiterunt, *maxime absente marito.* »

Naturalmente tutte queste presunzioni andranno considerate caso per caso, nel quadro della situazione particolare, dalla analisi della quale riceveranno un maggior o minor valore.

Le altre presunzioni, di minore levatura ma attive se formanti cumulo, si vedranno da un rapido esame delle sentenze a questo proposito, esame che ci dimostrerà come veramente «difficultas non est exaggeranda» e che il più delle volte il giudice, basandosi su tali presunzioni, decide in favore della copula avvenuta.

Naturalmente questi indizi, per deboli che possano essere, dovranno pur avere un certo valore oggettivo, per cui la scoperta del Gonzales (lib. II tit. 23 cap. 12), secondo la quale non nasce una valida presunzione in favore della copula, se si trovi un uomo confabulante con la moglie di un altro uomo in un bosco o in luoghi occulti è talmente ovvia da parere irrilevante.

E vediamo ora due casi fra i più tipici nei quali le presunzioni hanno avuto un maggior impiego, premettendo che, data la natura scabrosa del problema, tratteremo solo i punti essenziali tralasciando ogni particolare men che necessario, e riducendo senza ulteriori commenti ogni caso al problema della determinazione della copula.

Vol. I. d. 3 anno 1909

La natura del «commercio» non dà quasi adito in questo caso ad alcun dubbio. Le testimonianze si spingono molto avanti: i domestici,

gli amici ed i parenti concordano nell'asserire come i presunti amanti passassero bene spesso la notte assieme in una camera «in quo unus tantum lectus erat».

La cosa costituiva per di più fatto notorio: naturalmente anche in questo caso, pertanto assai lineare, l'ultima parola è data dalla presunzione, mancando una prova diretta del fatto, ma questa «praesumptio hominis», che dopo aver parlato in favore della copula la presume perfetta, cioè atta a generale l'impedimento (... quando enim copula fuit, ea praesumitur perfecta, dec. o. cit. p. 26 n. 5) è, considerati i fatti, delle più convincenti.

Vol. XIX d. 2 - 19 gennaio 1927

Il problema è il solito e consiste nella prova della copula avvenuta fra la madre della sposa e lo sposo nel tempo precedente il matrimonio.

Ci pare utile riportare integralmente il brano, topico, a conclusione e quasi riassunto di questo capitolo.

No. 3.

« Difficultate non caret probatio affinitatis ex copula fornicaria orta, sed difficultas *haec non est exaggeranda.* Requiritur enim, at simul sufficit, ut complexus omnium adductarum probationum moralem certitudinem de habita copula in iudice gignere valeat. Quia autem iuxta notam regulam: Singula, quae non prosunt unita iuvant ideo „coniuecturae et testium depositiones non seorsum et unaquaeque per se, sed coniunctim simul et coacervatim sunt accipiandae. Peculiare quidem est momentum, ad probandam copulam, praesumptionum illarum quae vehementes seu violentae appellantur, quia vehementer trahunt mentem iudicis ad credendum, ut ait Reiffenstuel (Ius Can. lib. II tit. XXII de praes.). *Necessariae tamen non sunt. cum*, teste eodem Auctore, simplex praesumptio hominis, dummodo rationabilis sit seu probabilis, si adiuvetur publica fama vel aliis adminiculis, possit facere plenam probationem" (...) „Ubi vero de copula constat, haec praesumitur perfecta, qualis requiritur ut inde oriatur affinitas, nisi contrarium concludentibus argumentis demonstretur" ».

Benchè il caso in esame sia facilitato, quanto alla sua soluzione, dalla intervenuta confessione del marito, le considerazioni riportate circa le difficoltà relative alla prova della copula rivestono una particolare importanza in quanto, sempre lasciando ferma la necessità fondamentale di generare nel giudice la certezza morale, tendono a liberare la prova della copula da un cumulo di precauzioni forse eccessive.

Il matrimonio è per questi capi dichiarato invalido.

Altre decisioni si vedano in:

Vol. I. dec. 14 - 29 giugno 1909.
Vol. II. d. 18 - 20 maggio 1910.
Vol. IV. d. 8 - 10 febbraio 1910.
Vol. VII. d. 12 - 23 marzo 1915.
Vol. XIV. d. 26 - 3 agosto 1922.
Vol. XV. d. 15 - 3 luglio 1923.
Vol. XV. d. 27 - 10 agosto 1923.
Vol. V. d. 8 - 1 febbraio 1913.
Vol. XXVI. d. 27 - 16 luglio 1910.

B) *L' impotenza coeundi.*

Le presunzioni.

La prassi.

Come fu già visto nei casi precedentemente esaminati di cause in nullità «Ex capite dementiae», anche nelle cause fondate sulla impotenza di un coniuge assume grande importanza l'opera ed il responso dei «peritis in arte», *che sono, nella fattispecie, i medici.*

Ma mentre trattandosi di stabilire e di riconoscere lo stato di «dementia», talvolta profondamente radicata e quasi nascosta nel fondo della psiche, i dubbi e le contraddizioni fra i periti non sono infrequenti, con la conseguente necessità di far ricorso ad altri mezzi che non siano le arti mediche, per quello che riguarda l'impotenza la cosa è ben diversa, ed il più delle volte i verdetti sono concordi e definitivi, data la facilità relativamente grande con la quale si potrà constatare, da un esperto, questo anormale stato fisiologico (1).

Quindi l'opera del giudice in questi casi è largamente soccorsa e facilitata dal responso dei periti che, essendo come abbiamo detto e per motivi esposti, il più delle volte perentorio e definitivo risolve di per se stesso la questione, salve restanti le prescr. del c. 1804 § 1.

Ecco perchè in questi casi le presunzioni hanno generalmente un giuoco assai ristretto: ma ciò non vuol dire che non se ne trovino affatto scorrendo le relative sentenze; infatti, dati i requisiti richiesti all'impotenza per dirimere il matrimonio, cioè in considerazione del

(1) Non si dimentichino pertanto i casi, per il vero abbastanza numerosi, di impotenza psicologica, la determinazione della quale riveste evidentemente grandi difficoltà.

fatto che l'impotenza deve essere *antecedente alle nozze e perpetua* si può dare qualche raro caso in cui i giudizi dei periti siano discordi sopra almeno uno di questi punti, o esprimano semplicemente un certo grado di probabilità riguardo ad essi.

Avremo dunque, benchè assai raramente in verità, dei casi nei quali la medicina o tace o si contraddice, appuntando in questo modo sul giudice la responsabilità e l'onere del responso.

Quale sarà il comportamento del giudice in questi casi?

Diverso, come vedremo dall'analisi di due sentenze di questo genere, la prima delle quali lascia il campo a qualche lieve riserva, circa il modo forse un po' troppo massiccio col quale vengono usate certe presunzioni.

Vol II d. 27 - 16 luglio 1910

L'impotenza coeundi del marito è il problema, che non sembra di facile risoluzione in quanto, mentre un gruppo di medici degni di fede la esclude senza esitazione, un altro gruppo di seguaci di Esculapio non esita a dipingere il marito come assolutamente impotente.

La parola è al giudice.

Apre la serie delle considerazioni tendenti a giustificarne l'operato quella secondo la quale (N. 8) «Impotentia rigorose probanda est» e questo poichè «praesumptio in favorem existentiae potentiae coeundi in viro in ipsa natura hominis fundatur a Factore omnium creata, et quilibet nasci praesumitur cum iis qualitatibus, quae a natura homini debentur, donec contrarium probetur».

Ecco la prima presunzione: segue ad essa la constatazione che ha un carattere quanto mai generale ma che, presentandosi nella terza ed ultima presunzione «in dubio standum esto pro valore actus» (in questo caso «matrimonii») formerà la chiave di volta della decisione stessa.

Infatti come vedremo grazie a queste presunzioni e ad un ragionamento condotto con una logica tanto piacevole da parere persino sospetta il giudice, dopo avere riconosciuto la maggiore probabilità della tesi in favore della impotenza, decide in favore della potenza sentenziando che, «in casu non constat de nullitate matrimonii».

Al No. 10 si fa giustamente notare come la discordanza dei responsi dei periti non significhi affatto che venga così tolta la prova del fatto dubbio: in seguito si fa ancora notare come «plenius informati esse praesumitur periti qui methodo inquisitionis accuratiori usi sunt».

Nella fattispecie i periti che «methodo inquisitionis accuratiori usi sunt» sono a parere del giudice quelli che rispondono in favore della impotenza.

Sembrerebbe a questo punto di poter intravvedere una sentenza in favore della nullità del matrimonio in questione, ma al No. 20 si ha una specie di colpo di scena, e ne trascriviamo integralmente il passaggio, reputandolo oltremodo interessante.

« Ad summum ex peritiis concludere licet probabiliter vel etiam probabilius potentiam coeundi in viro defecisse ante matrimonium.

At sententia probabilior non aufert probabilitatem sententiae contrariae: et stante hac probabilitate prudenter dubitari potest de existentiae impotentiae coeundi antecedenti: *et stante hoc dubio pro existentia potentiae coeundi decernendum est.*

Ecco come è risolta la causa.

Parrà forse un po' strano che dalla grandemente maggiore probabilità di una ipotesi si arrivi a decidere in favore alla ipotesi contraria, sia pure con un ragionamento di una logica tanto stringente: si può pertanto giustificare questo modo di agire se si tiene ben presente che solo la certezza morale permette al giudice di emettere la sentenza contraria alla validità del matrimonio, non bastando a questi effetti la semplice «probabilità» che resta tale e quindi di per se stessa inefficace, per grande ne sia la portata.

Vol. V. d. 39 - 22 aprile 1913

I periti in questo caso concordano sulla impotenza del marito, dovuta a mancato sviluppo dell'organo maschile ma, teoricamente almeno, dato lo stato «infantile» più che patologico di esso, se non esistono dubbi circa la antecedenza dell'impotenza, si possono però formulare dubbi sulla sua perpetuità, che è il secondo requisito dell'impotenza perchè sia valida ai fini della nullità, e questo fatto farebbe nascere la possibilità di una soluzione sul tipo di quella precedentemente citata.

Ma questa volta il valore e la portata del «dubbio» è diviso secondo certi gradi, e giustamente si fa notare come il principio:

«in dubio standum est pro valore matrimonii»

non ha una portata assoluta da applicarsi ad ogni sorta di dubbio, infatti:

No. 7) il principio in questione «intelligitur de dubio probabili minime vero de dubio levi: quod contemnendum est».

Quindi, malgrado la presenza almeno teorica di un dubbio sullo stato di impotenza del coniuge i giudici decidono in favore dell'impotenza e quindi della nullità del matrimonio in questione.

C) *La cultus disparitas*

Le presunzioni concernenti il battesimo e la dispensa dall'impedimento.

La prassi.

L'impedimento della «cultus disparitas» nasce dalla mancanza di battesimo di uno dei coniugi, essendo l'altro coniuge battezzato in seno alla Chiesa Cattolica o ad Essa convertito dopo avere ricevuto il battesimo in un'altra confessione.

Questo impedimento è, per la sua natura di diritto ecclesiastico, suscettibile di dispensa, ma solo verificandosi certe speciali condizioni e congiuntamente a certe garanzie che i futuri coniugi dovranno dare, garanzie che mirano in modo speciale alla educazione della prole.

Quindi, trattando della «cultus disparitas», due casi di contestazione possono generalmente verificarsi: nel primo caso il dubbio verte l'esistenza stessa del battesimo del coniuge, e questa situazione è in diretto rapporto e peculiare dell'impedimento stesso: nel secondo caso il dubbio concerne non il battesimo, che è riconosciuto mancante, ma l'ottenimento della dispensa per questo impedimento.

Fortunatamente, dato il continuo aumentare dei mezzi messi oggi a disposizione per stabilire l'identità dei singoli individui, dubbi di tal genere non sono più frequenti, e ne è una prova la relativa esiguità di sentenze emesse «ex capite cultus disparitatis» dai tribunali della S. R. Rota.

Ne vedremo quindi due, uno concernente il dubbio sul battesimo, l'altro riguardante il dubbio circa l'ottenimento della licenza.

Nella prima sentenza si fa appello in modo speciale alla presunzione che si trova in Decret. Greg. IX. Lib. III Tit. XLIII cap. III in fine:

« Et certe de illo, qui natus de Christianis parentibus, et inter Christianos est fideliter conuersatus, tam violenter praesumitur quod fuerit baptizatus, ut haec praesumptio pro certitudine habenda sit, donec evidentissime forsitan argumentis contrariis probaretur ».

Fa d'uopo a questo punto notare come non tanto la figura morale della persona il cui battesimo forma il problema, entrerà in giuoco in questa presunzione, quanto l'ambiente nel quale è nato il soggetto ed è stato educato, e ciò risulta ovvio, essendo il battesimo frutto di una manifestazione di volontà dei genitori e non del bambino.

Nessuna o ben poca importanza viene infatti ad assumere nella

fattispecie il fatto della assoluta areligiosità del soggetto, come vedremo in seguito.

Vol. III d. 24 - 13 giugno 1911

Marco, cattolico, ottenuta la dispensa «ob impedimento mixtae religionis» sposa Maria, della sette «ecclesiae episcopalis».

Volendo in seguito annullare il matrimonio sotto pretesto di «cultus disparitas», l'attore asserisce che Maria è probabilmente non battezzata.

Il problema dunque, sottoposto al tribunale della S. R. Rota, consiste nel determinare la presenza del battesimo e di conseguenza la validità del matrimonio stesso o, nel caso contrario, nel dichiarare nullo il matrimonio in questione «ex capite cultus disparitatis».

Apre la serie delle presunzioni quella precedentemente citata, applicata qui in maniera estensiva, in quanto i genitori non erano cattolici, ma appartenevano ad una setta protestante, nella quale pertanto il battesimo è validamente amministrato.

Come abbiamo già fatto notare, nessuna importanza ha a questi fini la areligiosità della nubente.

Un'altra presunzione in favore del battesimo nasce dal matrimonio precedentemente contratto davanti ad un ministro della setta «episcopalis», setta che presume per la celebrazione di tale atto la presenza del battesimo.

A conforto di queste presunzioni, la prima delle quali è pertanto di portata assai vasta, esiste inoltre la giurata testimonianza del ministro protestante il quale dichiara esplicitamente di avere battezzato la sposa: quindi non solo mancano le prove eventualmente richieste per far cadere le presunzioni citate, ma, al contrario, le prove esistenti sono in favore del battesimo e quindi al giudice non resta altro che pronunciarsi in favore del battesimo e, conseguentemente, in favore alla validità del matrimonio dubbio.

Vol. II. d. 23 - 30 giugno 1910

Aulina, cattolica, sposa Vetilio acattolico non battezzato.

Dopo 11 anni di convivenza chiede l'annullamento del matrimonio «ob capite cultus disparitatis» per non essere stata data la dispensa dovuta a questo impedimento, o per non averla richiesta.

Dato il lungo tempo passato dalla celebrazione del matrimonio, le prove propriamente dette hanno un assai vago carattere.

Grande importanza vengono quindi ad assumere le presunzioni che parlano in favore del matrimonio, e quindi della ottenuta dispensa.

L'enunciazione delle presunzioni prende l'avvio con una constatazione che troviamo al N. 6:

« Omnis praesumptio militare debet pro validitate matrimonii, nullaque ratio habenda est de oppositis exceptionibus quando illae non sunt adeo perstringentes et efficaces, ut incontinenti et concludentissime evincant praetensam nullitatem ».

Di qui si intravvede già lo svolgimento della sentenza, e tutte le altre presunzioni in seguito addotte non fanno altro che riconfermare questa prima.

Ecco, partendo dalle più generali fino alle più particolari e pertinenti al caso stesso, le presunzioni in giuoco:

N. 5 — «in dubio standum est pro valore actus».

Abbiamo visto nel capitolo precedente come questa regola vada applicata con una certa prudenza.

Sempre restando nella fase preliminare, al n. 6 è riconfermata la necessità che tutte le presunzioni debbano militare il favore del matrimonio:

« Sed ante quam ad examen revocentur singulae oppositae exceptiones, iuvat firmare Regulam ab H. S. O. solemniter enunciatam in una Romana, 2 maii 1727, c. Ratto, n. 1 »:

« Omnis praesumptio militare debet pro validitate matrimonii, nullaque ratio habenda est de oppisits exceptionibus, quando illae non sunt adeo perstringentes ed efficaces ut incontinenti ed concludentissime evincat praetensam nullitatem, sive defectu liberi consensus, sive ex alia irritanti causa promanantem ».

In seguito viene ricordata la presunzione:

« Tempus decenni necessarium est ad praesumendum matrimonium legitimum, quando de eo aliter non constat ».

Giustamente a questo proposito si fa notare come tale regola non sia altro che una semplice presunzione suscettibile di qualunque prova contraria, e che niente questa presunzione ha a che vedere con la prescrizione, che è attiva quanto si tratti di «res patrimoniales».

Pur tuttavia le presunzioni in favore del matrimonio «eo graviores et fortiores habendae sunt, cuum maxime expediat Reipublicae Catholicae in matrimonia, in facie Ecclesiae inita, facile in dubitationem adducantur, neque facile praevalere possint exceptiones adversum matrimonii valorem adductae.

Nam praecipue post longi temporis lapsum a celebratione, si faci-

lius et commodius dubia excitantur adversus actus valorem, difficilius dilui possunt».

Viene quindi affermata la necessità che le presunzioni enunciate siano tanto più efifcaci in casi del genere.

N. 11.

Ogni atto è presunto fatto rettamente «donec evidenter contrarium evincatur» e questa presunzione si estende anche alle cause che giustificano la dispensa data da un delegato, che si presume quindi ottenuta fino alla prova del contrario. Questa presunzione viene ripresa al n. 20 con una leggera aggiunta e suona:

« Quando aliquid est factum, semper praesumitur legitime factum, potius quam illegittime, praesertim ad tollendum delictum in Parocho, viro probo et literato ».

Queste le presunzioni in giuoco: solo evidentissime prove contrarie potrebbero annichilirne gli effetti e, mancando assolutamente tali prove, la sentenza suona in favore dell'ottenimento della dispensa dell'impedimento «cultus disparitatis», ed il matrimonio in questione è agevolmente dichiarato valido.

CAPITOLO TERZO

LE PRESUNZIONI NELLE CAUSE DI NULLITA' DOVUTE A UN VIZIO DI FORMA

La forma ordinaria del matrimonio canonico.

Invalidità dovuta a mancanza di delega. La prassi.

Il matrimonio civile tra acattolici. Le presunzioni. La prassi.

Abbiamo visto in precedenza come il matrimonio esiga, per la sua validità, non solo la presenza e la manifestazione del consenso tra persone capaci, ma anche che questo consenso venga «legitime manifestatus» vale a dire secondo certe fórme ben definite dal C. J. C.

La disciplina attuale del matrimonio quo alla forma è compresa tra i c. 1094 e 1103, e a tale forma è inderogabilmente vincolata, nei casi normali, la celebrazione del matrimonio, pena l'invalidità del matrimonio stesso.

Riassumendo brevemente i principali concetti relativi alla forma del matrimonio canonico tra battezzati possiamo dire che, (salvo speciali eccezioni) [1] sono validi soltanto i matrimoni *celebrati davanti al parroco o all'ordinario del luogo*, o ad un sacerdote delegato da uno di essi, ed alla presenza di almeno due testimoni.

Il rigore di queste necessità formali è giustificato dal desiderio di assicurare al massimo possibile la certezza dello scambio delle volontà.

Circa la delega o «licentia» che può esser data ad un sacerdote occorre ricordare, ai fini del presente studio, che deve essere voluta ed espressa, anche se verbalmente, e, in più, deve venir accettata dal sacerdote delegato.

Queste le principali esigenze formali del negozio matrimoniale canonico.

Dalla violazione di queste norme scaturisce la invalidità del matri-

---

[1] V. Canone 1098.

monio: anche qui come nei casi sopraesposti, molti dubbi di vario ordine possono nascere, ed anche qui come vedremo le presunzioni potranno esercitare la loro opera risolutiva.

Come abbiamo detto, l'invalidità del matrimonio può nascere dalla mancanza di delega: vediamo in un caso del genere come viene valutato il regime delle prove ed, in particolare, quali presunzioni generali o speciali agiscono in modo più o meno determinante.

Vol. 23 d. VI 30 gennaio 1931

Lo sposo, dopo di aver ottenuto la dispensa per l'impedimento «mixtae religionis» (essendo la sposa luterana) ed essendosi così sposato pretende, 14 anni dopo la celebrazione del matrimonio di farne constatare la nullità «ex capite clandestinitatis» asserendo che il sacerdote celebrante non era il parroco del luogo e che non aveva ottenuta la specifica delegazione dell'ordinario.

Dopo di aver ribadito (punto 2) le necessità e le condizioni per il conferimento e l'accettazione della delega, si fa notare (punto 3) che nella fattispecie, sia il sacerdote celebrante che il parroco delegante riconoscono di non ricordarsi di avere rispettivamente ricevuto o dato la delega.

Tuttavia, questa dimenticanza può essere anzitutto scusata dal fatto che il matrimonio era stato celebrato quattordici anni prima che venisse contestato: inoltre si fa notare che, in casu, esiste una grave presunzione in favore della concessione della delega.

Infatti al Parroco del luogo doveva esser stata concessa la facoltà di assistere al matrimonio quo all'impedimento «mixtae religionis».

Se questa concessione fosse stata ritrasmessa al Sacerdote celebrante, questo equivaleva ad una delega a benedire il matrimonio; e le circostanze emerse in corso di istruzione del processo fanno infatti fortemente presumere che tale delega venne effettivamente trasmessa, dall'ordinario che l'aveva ricevuta, al Sacerdote celebrante.

In più le deposizioni univoche dei coniugi affermano che nessuno di loro aveva trattato, in vista della celebrazione del matrimonio col sacerdote che si presentò a celebrarlo: anche questa circostanza fa presumere che l'invito a celebrare il matrimonio fosse stato fatto dall'ordinario, con il quale i coniugi avevano trattato in precedenza.

Come si vede non siamo qui tanto alla presenza di presunzioni riferentesi in modo particolare al conferimento della delega, quanto a semplici presunzioni germinate dalla fattispecie, presunzioni dietro le quali si avverte la presenza di quella, generalissima, del c. 1014.

Sulla base di queste presunzioni ed alla luce delle altre risultanze la domanda dell'attore non viene accolta.

Casi analoghi si vedano in:

Vol. X d. 10 - 9 maggio 1918.

Vol. XV d. 30 - 6 novembre 1923.

Come è stato visto in precedenza, il matrimonio canonico tra battezzati è legato a certe esigenze di forma, stabilite esattamente, e la cui inosservanza può, in determinati casi, generare financo la invalidità del matrimonio stesso.

Ben diversa è invece la situazione per quanto riguarda i matrimoni celebrati civilmente tra acattolici non battezzati, matrimoni che sono dalla Chiesa ritenuti validi, se fondati sulla reciproca base del consenso.

La Chiesa ha stabilito infatti, in un lungo e coerente susseguirsi di dottrina e di giurisprudenza, una presunzione a favore della validità di questi matrimonii, presunzione che, considerata in funzione della presenza o meno del consenso, potrà essere superata solo se le risultanze dell'istruttoria faranno nascere nell'animo del giudice la certezza che il consenso matrimoniale fece realmente difetto nell'animo di uno o dei nubenti, (Gasparri — De matr. er. 1932 N. 818) presentandosi quindi ad esempio un caso di simulazione parziale o totale, o un caso di vis et metus.

A completazione del concetto ora espresso ci piace riportare integralmente le considerazioni di maggiore interesse, relativamente al problema che ci occupa, e che troviamo in Dec. LXVII Vol. 25 - 14 nov. 1933, N. 3:

« Et quidem, ritu civilis matrimonii inter acatholicos peracto, in quo nempe partium consensus exprimitur, *praesumptio oritur pro utriusque contrahentis intentione matrimonium verum contrahendi*, iuxta communem normam de contractibus, eoque magis pro matrimonio, et quae sancita est can. 1086 § 1. »

Atque haec praesumtio confirmatur litteris S. Officii diei 2 iulii 1893 Archiepiscopum Coloniensem, in quibus S. Congregatio declaravit: « Praesumptionem stare non pro nullitate, immo vero pro validitate utrorumque matrimoniorum (i. e. mixtorum sive civiliter sive coram ministro acatholico) clandestine contractorum, quae ibidem a iure Tridentino eximuntur ».

Idque etiam eruitur ex praxi SS. Congregationum sanandi in radice matrimonia clandestina sub clausula dummodo prior consensus perseveret»: non enim perseverat quod nunquam existit.

Et similiter, lege generali, sanata fuerunt matrimonia mixta clan-

destina in Costitutione Provida diei 18 ianuari 1906, Pro Imperio Germanico: quae Constitutio, iuxta resolutionem S. Congr. Sacramentorum, diei 19 ianuari 1909, item extensa fuit ad Regnum Hungaricum.

Et hanc doctrinam multoties tenuit Rota, ut in causis Colonien, 10 iunii 1912, n. 7 coram Mori (S. R. Rotae Decisiones, Vol. IV dec. XXIV); 2 martii 1914, numeri 5-7, coram Prior (Vol. VI, dec. VIII); Moguntina, 14 iulii 1921, numeri 5-7, coram Cattani Amadori (Vol. XIII, dec. XVIII); 30 iulii 1922, n. 3, coram Prior (Vol. XIV, dec. XX).

Ai dati giurisprudenziali e dottrinali qui citati, si aggiunga la presunzione, in senso conforme, che troviamo nella «Declaratio Benedectina» del 4 nov. 1741, concernente la validità dei matrimoni misti in Olanda e nel Belgio, come pure nella «Litteris altero» di Pio VIII, del 25 marzo 1830 all'arcivescovo di Colonia, eccetera.

Riassumendo quanto detto si può affermare che la Chiesa vede, salvo la prova del contrario, nei matrimoni civili tra acattolici una intenzione di contrarre un vero matrimonio, intenzione che è alla base della validità del matrimonio stesso.

Alla luce di questa costante presa di posizione della Chiesa, ben si comprende come le cause tendenti a far dichiarare la nullità di matrimoni contratti civilmente tra acattolici, per vizio di consenso, urtano di primo acchito contro forti difficoltà, le stesse, in definitiva, che sono contrapposte alla dichiarazione di nullità di un matrimonio, canonicamente celebrato, al quale vien contrapposto da una parte il vizio di consenso: in questi come negli altri la mancanza del consenso deve essere chiaramente dimostrata al Giudice, senza di che non si darà luogo a nessuna sentenza di nullità.

In questo ordine di idee si sviluppa la sentenza LXVII, Vol. 25 - 14 nov. 1933, della quale diamo un rapido riassunto.

L'attore, acattolico, dopo di essersi civilmente unito in matrimonio, con una vedova, parimenti acattolica, chiede l'annullamento del matrimonio «ex capite consensus vitiati» asserendo che si era sposato senza intenzione di adire ad un vero contratto matrimoniale, quattro anni dopo la celebrazione del matrimonio stesso.

Di alcune considerazioni «In iure» è già stato detto più sopra: a queste bisogna ancora aggiungere quanto segue:

Benchè il matrimonio civile tra acattolici *sia in principio da ritenersi valido*, lo stesso, esattamente come il matrimonio canonico, è nullo se manca il consenso in uno o nei due contraenti, e la mancanza di tale consenso deve essere rigorosamente provata, non bastando, a tale scopo, le relative affermazioni dei coniugi, parti in causa e quindi a ciò non legittimate.

La simulazione, pretesa dall'attore, deve al contrario emergere chiaramente dai fatti e dalle circostanze che precedono e che seguono la celebrazione del matrimonio stesso.

Così minimo peso viene dato, nella fattispecie, alla deposizione dell'attore, tendente a dimostrare la mancanza di consenso matrimoniale, all'atto della celebrazione del matrimonio, che venne in realtà celebrato secondo le norme del matrimonio civile, ciò che (N. 6 in fine) fa presumere in favore di un vero e valido consenso matrimoniale.

Parimenti nulla giova alla tesi dell'attore, l'opinione riportata secondo la quale «Haeretici regionis illius, ubi matrimonium civile initum fuit, ea persuasione contrahunt, nullius esse valoris huiusmodi matrimonium ante Deum». Opinione non costante nè comune a tali popolazioni, e che sembra nascere più che altro da ignoranza e da incapacità a distinguere il matrimonio invalido da quello illecito. (Instructione S. Congr. de Prop. Fide a. 1785).

Così pure irrilevanti, al fine della pretesa nullità, sono le pressioni esercitate sull'attore da parte dei congiunti: pressioni non esagerate e giustificate dal legittimo desiderio di dare un padre alla creatura generata dai commerci pre-matrimoniali dell'attore.

Quindi le combinate circostanze sono ben lungi dal generale nel giudice la certezza dell'esistenza di una positiva esclusione del consenso matrimoniale, così che gli Uditori sentenziarono:

«Non constare de matrimonii nullitate in casu»

CONCLUSIONE

Giunti al termine di questa esposizione delle presunzioni maggiori e minori che agiscono con diverso effetto in quella poderosa opera giurisprudenziale che è la raccolta delle sentenze della Santa Romana Rota, esposizione che abbiamo cercato di rendere nel modo più completo e fedele, alcuni brevi considerazioni si impongono, come chiusura e commiato.

La prima, di indole personale, ha il sapore di una messa a punto che riteniamo doverosa, e nasce dalla constatazione di come, affezionatici all'argomento, malgrado la continua linea di oggettività che sempre ci siamo forzati di tenere, abbiamo forse in qualche rara occasione ceduto alla tentazione di conferire alle presunzioni un valore ed una portata più grande di quella realmente giustificata dalle circostanze: e questa è una debolezza scusabile e tipica del collezionista che, specializzandosi in un certo ramo, è fatalmente portato ad attribuirgli una importanza predominante.

Basterà per dissipare eventuali malintesi generati da questo fatto un richiamo esplicito alla prima parte del presente studio nella quale abbiamo elencati i vari mezzi di prova, e la constatazione che nell'esame delle sentenze ci siamo occupati soltanto di quelle nelle quali agivano in modo speciale le presunzioni, trascurando volutamente le altre che sono la maggioranza e che sono amministrate dagli altri mezzi di prova.

La seconda constatazione riguarda i casi, in verità assai rari, nei quali ci siamo permessi qualche critica alle decisioni emesse o alle opinioni di qualche illustre Autore.

A parte la prudenza con la quale queste opinioni personali sono sempre state esposte, ciò che ne modifica in ogni caso la crudezza, ci teniamo a far chiaramente intendere come esse siano sempre state esposte più che sotto forma di critica, sotto forma di «proposta», tendente più che altro a far nascere la discussione su questo o su quell'altro punto, la qual cosa riteniamo in ogni caso lecita.

Un altro punto da chiarire concerne le divagazioni dal tema centrale, che qualcuno avrà creduto di avvertire ogni tanto.

Ma basterà a questo proposito insistere sulla connessità degli argomenti che si intersecano e si completano continuamente l'un l'altro,

così che o l'incasellamento di una pagina del diritto o la scissione dalle altre pagine, risulterebbe opera artificiosa e incompleta, tanto che i continui richiami e le digressioni risultano il più delle volte indispensabili.

E da ultimo una considerazione che non ci sentiamo di tralasciare dopo aver indagato con passione ed amore su un capitolo sia pure modesto di quella meravigliosa costruzione giuridica, filosofica e morale nella quale l'umano e il divino tanto armoniosamente si completano e si intersecano, la Dottrina e la Giurisprudenza Cristiana.

Fedele alla sua eterna saggezza la Chiesa, perennemente guidata e sorretta dal Suo Divino Fondatore guida, informa e modera ogni atto della agitata esistenza umana, e ogni sguardo gettato sul Suo Sapiente operato non sarà mai tanto fuggevole da non convincersi di questa consolantissima realtà:

Essere cioè l'assieme delle Sue norme e delle Sue istituzioni, considerate nel loro duplice aspetto meravigliosamente Divino e nel contempo così intimamente umano, la vera «regola d'oro» di un'esistenza ansiosa di realizzare i fini soprannaturali che le sono dal suo Creatore destinati e, contemporaneamente, di esplicarsi in tutta la sua umanità, egualmente voluta e predisposta da

«l'amor che move il sole e l'altre stelle».

F I N E

Friborgo, 5 maggio 1953

BIBLIOGRAFIA E FONTI 7

LE PRESUNZIONI NEL DIRITTO ROMANO CLASSICO E GIUSTINIANEO

La costituzione di Giustiniano e la sua influenza sulla formazione del diritto canonico.

Il significato nuovo della voce «praesumere» nel diritto giustinianeo.

La voce «praesumere» nel diritto pregiustinaneo: breve esposizione e critica delle fonti.

L'evoluzione del diritto giustinaneo nel campo delle presunzioni.

Le interpolazioni 9

PRIMA SEZIONE

LE PRESUNZIONI NEL DIRITTO MATRIMONIALE CANONICO

Capitolo 1.

Breve introduzione sulla prova nel processo canonico. Nozione - Divisione - Oggetto della prova. L'onere della prova. La «Intima convinctio» 17

Capitolo 2.

Le presunzioni o prove indirette - Definizione - Gli indizi - Divisione delle presunzioni. - La «praesumptio hominis». - La «praesumptio iuris» - La «praesumptio iuris et de iure». - Le presunzioni discordanti. Presunzioni e «fictio iuris» 22

SECONDA SEZIONE

LE PRESUNZIONI NELLA GIURISPRUDENZA DELLA S. R. ROTA CONSIDERATE IN RAPPORTO ALLE SINGOLE CAUSE DI NULLITA'

Capitolo 1.

A) Il consenso nel matrimonio canonico. - Il matrimonio contratto-sacramento. - La funzione del Sacerdote nella celebrazione del matrimonio. - Il concetto di consenso 35

B) La manifestazione del consenso. - Le presunzioni del c. 1086 § 1. Il principio della responsabilità e l'innovazione del diritto canonico. - Il valore dell'atto esterno. - La giurisprudenza . . 40

C) La simulazione parziale. - Il problema della esclusione dello «lus» e dell'«exercitium iuris». - La discriminazione tra «intentio non adimplendi» e «intentio non se obbligandi». - La «intentio contra bonum sacramenti». - La «intentio contra bonum

prolis». - La prassi e le presunzioni 44

D) La «conditio de futuro licita» e la copula sopravvenuta. - Le differenti dottrine e la tesi dominante 49

E) La teoria della violenza - I requisiti del metus. - Il timore reverenziale. - L'importanza delle presunzioni. - La prassi . . 52

F) Il c. 1082 § 1. - La conoscenza dei doveri matrimoniali e le diverse opinioni a questo proposito. - Le opinioni rotali. - Il c. 1082 § 2. - La prassi 58

G) La dementia e i «lucida intervalla». - La presunzione «dementia praesumitur medio tempore durasse stante probatione extremorum 63

Capitolo 2.

LE PRESUNZIONI NELLE CAUSE DI NULLITA' DOVUTE A UN IMPEDIMENTO DIRIMENTE

A) Crimen, parentela illegittima ed il problema della copula. - Le difficoltà della prova, le presunzioni e la prassi 67

B) L'impotentia coeundi. - Le presunzioni - La prassi . . . 72

C) La cultus disparitas. - Le presunzioni concernenti il battesimo e la dispensa dall'impedimento. - La prassi 75

Capitolo 3.

LE PRESUNZIONI NELLE CAUSE DI NULLITA' DOVUTE AD UN VIZIO DI FORMA

La forma ordinaria del matrimonio canonico. - Invalidità dovuta a mancanza di delega. - La prassi. - Il matrimonio civile tra acattolici. - Le presunzioni - La prassi 79

CONCLUSIONE 84